

Casella, Virginia Guadalupe

El rol del Poder Judicial en materia de derechos sociales: acceso a los derechos de alimentación y vivienda digna. Un repaso de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación

**Tesis para la obtención del título de posgrado de
Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura**

Directora: Cáceres, María Virginia

Documento disponible para su consulta y descarga en Biblioteca Digital - Producción Académica, repositorio institucional de la Universidad Católica de Córdoba, gestionado por el Sistema de Bibliotecas de la UCC.

**EL ROL DEL PODER JUDICIAL EN MATERIA DE
DERECHOS SOCIALES: ACCESO A LOS
DERECHOS DE ALIMENTACIÓN Y VIVIENDA
DIGNA. UN REPASO DE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
NACIÓN**

Autora: Ab. Esp. Virginia Guadalupe Casella

Córdoba

Agosto 2018

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	6
UBICACIÓN CONCEPTUAL	6
I. Derechos humanos. Nociones fundamentales.	6
II. Derechos humanos: reconocimiento y categorización.	8
II. 1. Breves consideraciones históricas en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos.	8
II.2. Derechos civiles y políticos vs. derechos económicos, sociales y culturales.	10
II.3. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	14
CAPÍTULO II	16
I. Los derechos sociales en los instrumentos internacionales y la Constitución argentina.	16
II. ¿Operativos o programáticos?	20
III. Los derechos sociales de alimentación y vivienda digna. Contenido.	26
III.1.- El derecho a una alimentación adecuada	26
III.2.- El derecho a una vivienda digna.	32
CAPÍTULO III	39
I. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Doctrina del Tribunal y lineamientos respecto a los derechos sociales de alimentación y vivienda digna.	39
I.1. Jorge Ernesto de Donato vs. Comisión Municipal de Vivienda (1986).	40
I.2. Jorge Arturo Guzman c. Comisión Municipal de Vivienda (1986).	41
I.3. Ramos, Marta Roxana y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo. (2002).	42
I.4. Quiñones, Amalia y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ ordinario (2006).	46
I.5. Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo (2006).	47
I.6. Uran, Roberto Elías y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo (2006).	49
I.7. Quiñone, Alberto Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ amparo (2006).	51
I.8. R.A.D c/ Estado Nacional y otro s/sumarísimo (2007).	52

I.9- Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento (2007).	57
I.10- Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (2012).	59
II. Cuadro comparativo de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia respecto a los derechos sociales de alimentación y vivienda digna.....	65
III. Análisis de los pronunciamientos de la CSJN. Criterios y posturas asumidas por el Tribunal.	67
CAPÍTULO IV.....	74
DERECHOS SOCIALES Y PODER JUDICIAL: REFLEXIONES Y RESPUESTAS POSIBLES.....	74
1. El piso mínimo como respuesta razonable a la problemática de los derechos sociales.....	74
2. Discrecionalidad de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en materias de derechos económicos, sociales y culturales. El Estado de Derecho y la división de poderes como límites a la intervención del Poder Judicial.....	79
2.a. Breves consideraciones en torno al principio de división de poderes.	79
2.b. ¿Qué entendemos por facultades discrecionales?	83
2.c. La Corte Suprema de Justicia, las facultades discrecionales, división de poderes y control judicial de las políticas públicas de satisfacción de derechos..	87
3. El paradigma de la escasez y su influencia en el control judicial de las políticas públicas de alimentación y vivienda digna.	95
3.a. ¿Qué es el paradigma de la escasez y cuándo puede aplicarse?	95
3.b. La interpretación del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales respecto de la escasez de recursos.....	102
3.c. La Corte Suprema de Justicia, el presupuesto y la escasez de recursos. ...	104
4. A modo de síntesis.....	109
CAPÍTULO V.....	114
CONSIDERACIONES FINALES.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	124

INTRODUCCIÓN

No es una novedad que el rol del juez y la función judicial han ido variando a lo largo del tiempo. Tanto en su esencia como en lo que socialmente se espera de ella, la judicatura debe adaptarse a los nuevos desafíos que imponen las modificaciones del entramado social. Esta adaptación, que permite a los jueces cumplir con su rol, supone recorrer nuevos caminos o algunos ya transitados, pero desde una perspectiva diferente.

La temática de los derechos humanos en general, y la justiciabilidad de los derechos sociales en particular, imponen a los jueces un desafío especial, vinculado a la integración de las diversas fuentes normativas que resultan aplicables en cada caso, la evaluación del accionar de los poderes políticos del Estado y el acceso a la justicia de sujetos cuyas necesidades más elementales se encuentran insatisfechas.

La certeza y predictibilidad del Derecho que fueron de los postulados más importantes del movimiento ilustrado y luego codificador, junto al binomio ley (estatal)-código¹, muchas veces ya no tienen lugar en nuestro sistema.

En la actualidad, la inflación y dispersión normativa, junto con las diversas interpretaciones que se elaboran en torno a ella, generan muchas veces en quienes tienen a su cargo el ejercicio de la magistratura, la falta de certeza respecto a cuáles son los parámetros a utilizar para decidir en torno a la aplicación de un derecho de rango constitucional y su implicancia en las políticas públicas del Estado.

En materia de derechos sociales, la tarea judicial debe integrar diversas fuentes, tanto de derecho interno como de derecho internacional, junto con la jurisprudencia de los tribunales locales y extranjeros.

¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; *La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 34, Nro. 3 (2007), págs. 517-538. Obtenida el 15 de julio de 2015, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014519016>

En nuestro país, antes de la reforma Constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ya había elaborado la doctrina que sostenía que los Tribunales nacionales estaban obligados a observar y aplicar la jurisprudencia internacional.²

Por otra parte, la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados³, ratificada por nuestro país con anterioridad a la reforma constitucional, establece en su artículo 27 que no puede invocarse el derecho interno frente al incumplimiento de las cláusulas de un tratado.

Ahora bien, con posterioridad a la reforma de 1994, los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos tienen, en nuestro ordenamiento jurídico, supremacía respecto de las normas de derecho interno e integran el denominado "bloque de constitucionalidad". Por eso, al momento de resolver una contienda en particular, los magistrados deben observar numerosas fuentes normativas de diverso carácter y armonizar su contenido de modo de obtener una resolución fundada en derecho, en el concepto amplio del mismo.

Por otra parte, resulta necesario tener presente que la función judicial no debe invadir facultades encomendadas a los otros poderes estatales, y en el caso de la efectivización de los derechos sociales, ésta puede ser una tarea complicada.

Es que, el diseño y la implementación de las políticas públicas, corresponden a los denominados poderes políticos del Estado, esto es, pertenece a la esfera de atribuciones del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Sin embargo, cabe preguntarse qué sucede frente a la omisión legislativa o inacción administrativa, y cómo debe posicionarse el Poder Judicial en estos casos. Más aun, teniendo presente el componente de urgencia que llevan

² La Corte se expidió en este sentido en la causa "Ekmedjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros", Fallos 211:162

³ Convención de Viena para el Derecho de los Tratados, ratificada por Argentina en 1969 por Ley 19.865 y puesta en vigencia en 1980.

ínsitos los derechos sociales insatisfechos⁴ y el papel que desempeña la escasez de recursos para dar respuestas satisfactorias.

Asimismo, es frecuente escuchar que nos encontramos en la era del "gobierno de los jueces", expresión poco feliz que denota la confusión de funciones existente y la decadencia del principio de división de poderes.

En estos casos, en los que existe no sólo necesidades básicas insatisfechas sino una fuerte valoración de la sociedad al respecto, el juez puede verse tentado fuertemente en caer en decisiones demagógicas, de negación en base a cuestiones estrictamente formales o a resolver mediante el ejercicio de atribuciones de competencia de alguno de los restantes poderes, para lograr otorgar una respuesta que permita de alguna forma cumplir con la letra de la ley, pero sin lograr atender a su espíritu.

Además, resulta imprescindible referir a la actividad, o más bien, posición que debe asumir el juez frente al dictado de su sentencia. En este tema parte de la doctrina sostiene que los magistrados no tienen muchas opciones frente a sí mismo, puesto que no existen "muchas" formas de interpretar la Constitución, sino por el contrario, una sólo es la correcta⁵. Otros, en cambio, postulan que la labor judicial debe ser dinámica, flexible y constructiva, lejos de la rígida custodia de la ley.⁶ Se exige de los jueces un compromiso que supere los límites normativos, un ejercicio activista de la función y una accionar que despliegue la justicia como valor supremo.

⁴ BARÓN KNOLL, Silvina; *Los DESC y la participación de los jueces en la construcción de políticas públicas (¿Activismo judicial?)* en Revista de Derecho Público Nro. 1 (2017), Córdoba, págs. 153/176.

⁵ GARGARELLA, Roberto; "Constitución y Democracia", en ALBANESE, Sergio, DALLA VÍA, Alberto, GARGARELLA, Roberto, HERNÁNDEZ, Antonio y SABSAY, Daniel, Derecho Constitucional, Universidad, Buenos Aires, 2004.

⁶ RIBA, Marina; "Un test filosófico a la teoría del conflicto de derechos", en GHIRARDI, Olsen (Director), Diez Años, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007, págs. 403/432.

Estas exigencias para con quienes desempeñan la magistratura, genera una especie de indecisión social respecto a qué es realmente lo que se espera oír en los pronunciamientos judiciales, dando lugar a críticas -infundadas o no- de la función judicial.

Guibourg⁷ afirma:

"[...] la seguridad jurídica -que jamás ha sido perfecta ni mucho menos- está resquebrajándose. El motivo es bueno (no podría dejar de serlo, puesto que opera en nombre de la moral), pero el resultado es peligroso. El discurso jurídico, que antes se entendía referido a los códigos y decisiones concretas enmarcadas por garantías constitucionales, reposa ahora blandamente sobre la conciencia de la humanidad. Ésta conciencia cambia con el tiempo, lo que puede justificarse diciendo que se adapta a las nuevas necesidades; pero más grave es que ni siquiera es uniforme en un momento dado."

Otro factor relevante, resulta la consideración de las consecuencias sociales que cada pronunciamiento judicial referido a la satisfacción de un derecho con una asignación de recursos puede provocar. Es decir, estimando el resultado que de ella se sigue no sólo *inter partes*, sino también de cuál será el efecto que *erga omnes* que como tal postule.⁸

En tal contexto, el papel de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina que se desprende de su jurisprudencia, puede resultar de suma utilidad, como modo de visualizar pautas de acción que colaboren al momento de resolver una contienda judicial.

Si bien, sus precedentes no gozan de obligatoriedad en nuestro sistema, razones de economía procesal y seguridad jurídica, aconsejan su estudio.

Es por eso, que en el presente trabajo buscaremos profundizar en el estudio de las resoluciones del más alto tribunal de la Nación, y analizar cómo ha ido variando la concepción de los derechos sociales -de vivienda digna y alimentación- y las respuestas a las demandas que puede dar el Poder Judicial. Ello con el fin de individualizar -si las

⁷ GUIBOURG, Ricardo; "El derecho ante el enfoque analítico", en GHIRARDI, Olsen (Director), op. cit., pág. 308.

⁸ ANDRUET, Armando Segundo (h); *Judicatura y política: aproximaciones necesarias y distancias forzosas*, Lexis Nexis, publicado LNC 2006-0-1, Córdoba, 2006.

hubiere- las líneas o bases que el Alto Cuerpo ha fijado para la solución de casos vinculados a los derechos sociales a la alimentación y a la vivienda.

CAPÍTULO I

UBICACIÓN CONCEPTUAL

La temática de los derechos sociales plantea la necesidad de buscar y analizar algunas cuestiones preliminares que hacen a su naturaleza y ubicación conceptual.

Es necesario comenzar por definir a los derechos humanos en general, como modo de visualizar el marco en el cual se desarrollan los derechos sociales y comprender cuál es su alcance.

En los apartados siguientes realizaremos un recorrido por las nociones básicas de los derechos humanos, su reconocimiento normativo y las diferentes posturas doctrinarias, que en cuanto a su naturaleza y eficacia, se han desarrollado.

No buscamos con esto agotar la temática, cuyo alcance y extensión superan los del presente trabajo, sino simplemente lograr visualizar el contexto en el cual se desarrollan los derechos sociales.

I. Derechos humanos. Nociones fundamentales.

Siguiendo a Piza Escalante⁹ podemos decir que los derechos humanos:

"[...] son, sencillamente, determinadas situaciones favorables para el ser humano como tal, que se suponen derivadas de su 'intrínseca dignidad' y necesarias para el desarrollo pleno de su 'personalidad' y que, por lo tanto, se reclaman como 'derechos fundamentales', frente a los demás hombres y de modo especial, frente al Estado y el poder."

Explica el autor que, como humanos se atribuyen al hombre por su sola condición de tal, en condiciones de igualdad y sin discriminación; en cuanto por fundamentales se derivan

⁹ PIZA ESCALANTE, Rodolfo E.; *Derecho y Derechos Humanos*, Revista Acta Académica, Universidad Autónoma de Centro América, Nro. 1 (Febrero 1987), págs. 45-55, ISSN 1017-7507, disponible en <http://www.uaca.ac.cr/acta/1987feb/rpiza1.htm>.

de la intrínseca dignidad del ser humano y por ende, independientes de la voluntad estatal, que se limita a reconocerlos.

Por su parte, Hierro¹⁰ afirma que "los derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral".

La incorporación de tales derechos al orden jurídico, posibilita su exigibilidad y brinda garantías para su efectivización, pero no es de modo alguno, condición necesaria para su existencia.

Es decir, los derechos humanos nacen como manifestación de la dignidad del hombre y son reconocidos por el derecho (internacional e interno), que brinda herramientas para que tales condiciones se conviertan en realidad social.

En el mismo sentido, Laporta¹¹ señala que uno de los rasgos formales que se predicen de los derechos humanos es la universalidad. Explica que esta universalidad significa que tales derechos adscriben a *todos* los seres humanos, y de este modo son independientes del sistema jurídico positivo que los reconoce. Aduce que, de otro modo, el rasgo de universal quedaría desdibujado frente a la necesidad de tomar en consideración las condiciones de reconocimiento que tal sistema adscribe a los mencionados.

Asimismo, la aludida universalidad significa:

"[...] que trascienden los límites internos del denominado Estado-Nación, debido al interés supraestatal de regular tópicos que atañen a valores de muy diversa índole (libertad; dignidad humana; justicia reforzada; no discriminación etc.), y que por su importancia colectiva dentro del sistema internacional, merecen una tutela adicional propia que pueden brindar los Estados. Esta posibilidad se plasma a través de los tratados internacionales, y el desarrollo

¹⁰ HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, Liborio L.; *¿Qué derechos tenemos?*, Revista Doxa, Nro. 23 (2000), págs. 351-375, ISSN 0214-8876, Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho, en <http://hdl.handle.net/10045/10253>

¹¹ LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco; *Sobre el concepto de derechos humanos*, Revista Doxa, Nro. 4 (1987), págs. 23-46, ISSN 0214-8876, Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho, en <http://hdl.handle.net/10045/10897>

jurisprudencial emanado de los mismos, que han concebido una manera particularizada de 'justiciabilizar' los derechos estatuidos, a través de principios jurídicos determinados."¹²

Existen pautas de interpretación común a los derechos humanos, que posibilitan compatibilizar el orden interno con el internacional. Entre ellas podemos señalar: a) *Principio "pro homine"*: las reglas deben interpretarse en favor del ser humano y no de los Estados que las proclaman. b) *Principio de progresividad*: puede mejorarse una norma, pero no disminuirse o interpretarse regresivamente. c) *Principio de interacción*: las fuentes nacional e internacional deben complementarse e enriquecerse mutuamente. d) *Principio de promoción o protección*: las autoridades públicas, incluida las judiciales, deben defender su efectiva vigencia. e) *Principio de indivisibilidad*: los derechos humanos son interdependientes. f) *Principio de universalidad*: estos derechos rigen en todo el mundo.¹³

II. Derechos humanos: reconocimiento y categorización.

II. 1. Breves consideraciones históricas en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos.

Los derechos humanos aparecen en un determinado momento de la evolución del derecho que coincide con los movimientos revolucionarios democráticos y constitucionales de finales del siglo XVIII.¹⁴

¹²CHACÓN MATA, Alfonso; *Los tratados internacionales de derechos humanos en las jurisdicciones centroamericanas: Pautas y principios interpretativos para la Convención Internacional de trabajadores migrantes y sus familiares*, Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Nro. monográfico extraordinario, ISSN: 2215-4221, <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos>, pág. 44.

¹³ SAGÜES, Néstor Pedro; *Manual de derecho constitucional*, 2da. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2012.

¹⁴ PIZA ESCALANTE, Rodolfo E., op. cit.

En realidad, cuando decimos que los derechos humanos "aparecen" en un determinado momento de la historia, significa que comienzan a consagrarse como tales, producto de los movimientos sociales y de la lucha por alcanzar conquistas civiles.

Estas revoluciones posibilitan la incorporación de los derechos humanos al derecho positivo, principalmente a través del derecho constitucional.

Dice Piza Escalante:

"esa evolución puede descomponerse en tres grandes momentos [...] el primero, el de la consagración positiva en el Derecho constitucional contemporáneo, de un catálogo de derechos y libertades fundamentales, tradicionalmente denominados 'derechos civiles y políticos' que corresponden básicamente al concepto que he llamado 'derechos de libertad' [...] el segundo momento de ensanchamiento, con la incorporación de los llamados 'derechos económicos, sociales y culturales' [...] el tercer momento, el de su irrupción en el Derecho Internacional, al cual conmueven en sus propios cimientos, convirtiendo al ser humano en sujeto del mismo y arrebatando a los Estados su dominio exclusivo en materia de los derechos fundamentales de sus propios súbditos."¹⁵

Con relación a la evolución en el reconocimiento formal de los derechos humanos, en general, se distinguen tres generaciones en razón de su aparición histórica. Los derechos de primera generación que son aquellos derechos propios del constitucionalismo liberal. Se trata de prerrogativas conferidas al individuo como freno al poder del Estado. Surgen entre fines del siglo XVIII y principios del XIX, y proponen el afianzamiento de valores como la libertad, propiedad y seguridad.¹⁶ Es decir, son aquellos derechos que conocemos como civiles y políticos.

Los derechos de segunda generación, que incluyen a los derechos sociales y económicos, son los propios del constitucionalismo social. Datan aproximadamente de entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Su nacimiento se produce como respuesta al

¹⁵ PIZA ESCALANTE, Rodolfo E., op. cit., pág. 6

¹⁶ SAGÜES, Néstor Pedro; op. cit.

proceso de industrialización europeo, frente al crecimiento de los centros urbanos y la disminución en las condiciones de vida de quienes integraban esta nueva forma de trabajo.¹⁷

La tercera generación de derechos, por su parte, son los que emergen en el constitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial. Son derechos modernos, cuyos titulares son personas, grupos y la sociedad en su conjunto. Se refieren, por ejemplo, a la tutela del ambiente, la paz y derechos de consumidores y usuarios.¹⁸

Resulta relevante señalar que la utilización del concepto de "generación" responde a un criterio histórico, es decir, como modo de identificar los diferentes momentos a lo largo de la línea del tiempo en los cuales se produce el reconocimiento de los mentados derechos humanos. De otro modo, podría caerse en el error de considerar que tales denominaciones validan alguna especie de primacía de unos sobre otros.

II.2. Derechos civiles y políticos vs. derechos económicos, sociales y culturales.

A continuación, intentaremos delinear las principales diferencias que existen entre los derechos humanos civiles y políticos (o derechos de primera generación), y los económicos, sociales y culturales (derechos de segunda generación). No pretendemos establecer la preeminencia de una categoría sobre la otra. Simplemente buscamos identificar rasgos comunes que permitan diferenciar el actuar estatal -y dentro de este, la función del poder judicial- frente a estos derechos que aceptamos como inherentes al ser humano.

Afirma Piza Escalante, que dentro del universo de los derechos humanos se encuentran dos clases:

¹⁷ LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco; op. cit.

¹⁸ SAGÜES, Néstor Pedro; op. cit.

"que son igualmente importantes y que deben promoverse con igual intensidad y que inclusive son interdependientes, pero que tienen jurídicamente una significación, un alcance y una aplicación sustancialmente diferentes: por una parte, los **`derechos de libertad`** como son los civiles y políticos, derechos del ser humano *frente* a la autoridad y, por lo tanto, excluyentes de la acción estatal [...] por la otra, los **`derechos sociales`** o **`derechos al bienestar`**, como son los económicos, sociales y culturales, derechos del ser humano no frente a la autoridad sino a *la acción* de la autoridad y del Estado y, por lo tanto, que obligan al Estado a actuar en forma tal que asegure su realización."¹⁹

Los derechos de libertad corresponden a aquellos derechos frente a los cuales el Estado se limita a reconocerlos y respetarlos, pero no exigen de su parte prestaciones positivas. La estructura estatal se reduce a brindar la institucionalidad necesaria para su plena vigencia a través del acceso a la justicia y la potestad sancionatoria en caso de violación.

También se los denomina "*derechos de obligaciones negativas*", en tanto su vigencia dependería de un deber de abstención por parte del Estado (ej.: abstenerse de torturar, de censurar, etc.). Y se identifican con los llamados derechos humanos de primera generación.

Los derechos civiles incluyen a los derechos personalísimos (como la identidad, el nombre o la vida), otros referidos al plan de vida propio (como el derecho a contraer matrimonio) y los derechos en el marco de un juicio. Los derechos políticos abarcan, por ejemplo, al sufragio activo (elegir) y pasivo (ser elegido), la resistencia a la opresión (CN, art. 36), y la iniciativa popular (CN, art. 39).²⁰

Por su parte, los derechos económicos, sociales y culturales implican no sólo una estructura institucional suficiente, sino asimismo la necesidad de disponer de medios materiales tendientes a brindar las prestaciones necesarias para hacerlos efectivos. También se los denomina "*derechos de obligaciones positivas*". Engloban los que protegen a los trabajadores, y los derechos a la salud, la alimentación, la vivienda, la educación o la

¹⁹ PIZA ESCALANTE, Rodolfo E., op. cit., pág. 8

²⁰ ETCHICHURY, Horacio; Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2013.

participación en la vida cultural. Y se identifican con los derechos humanos de segunda generación.

Esta clasificación se ha consolidado por vía de la costumbre, y se fortaleció cuando la Asamblea General de la Naciones Unidas adoptó en 1966 dos Pactos de Derechos Humanos separados (unos para los derechos civiles y políticos, y otro para los derechos económicos, sociales y culturales)²¹. Sin embargo, en nuestro país, el art. 75 inc. 22 otorga a ambos pactos la misma jerarquía constitucional.²²

La clasificación aludida no implica un corte exacto entre los derechos humanos. Por el contrario, con sólo ver algunos ejemplos es posible advertir que existen derechos ubicados conceptualmente dentro de una categoría, pero cuyos caracteres corresponden a la otra. Así ocurre con el derecho de huelga (incluido dentro de los derechos sociales) pues su eficacia no depende básicamente de ninguna prestación material, sino que basta que el Estado asegure su ejercicio a través de accionar policial o recursos jurisdiccionales.²³ Del mismo modo, existen derechos humanos de libertad que exigen acciones positivas y materiales del estado, como el derecho al sufragio.

²¹ Originalmente, la ONU había encomendado la elaboración de un solo cuerpo normativo a la Comisión formada por los Estados partes. Sin embargo, durante los años de la Guerra Fría, la rivalidad entre los bloques capitalista y socialista retrasó durante décadas la redacción del instrumento. Los Estados occidentales plantearon que el proyecto se dividiera en dos tratados, con diferentes obligaciones y órganos de control, uno referido a los derechos civiles y políticos y otro a los derechos económicos, sociales y culturales. Desde su punto de vista, sólo los derechos civiles y políticos, eran considerados verdaderos derechos humanos, que podían ser implementados y garantizados inmediatamente a través de procedimientos judiciales. Los Estados socialistas, por su parte, abogaban por la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos. Con la finalidad de lograr la redacción y adopción final de un instrumento que dotara de obligaciones a los Estados firmantes, se accedió a la redacción de dos instrumentos separados. Ver BREBAGLIO, Renata; Sistema Universal de protección de derechos humanos, Pontificia Universidad Católica de Perú, disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf. [fecha de consulta: 15/02/2018].

²² ETCHICHURY, Horacio; op. cit.

²³ PIZA ESCALANTE, Rodolfo E., op. cit.

Parte de la doctrina niega tal distinción, sobre la base de considerar que los derechos civiles y políticos en su totalidad también requieren de prestaciones positivas, a cargo del Estado o de un particular.

Así, Etchichury afirma que, en general, casi todos los derechos combinan deberes de acción y no acción por parte del Estado.

Laporta aduce que desde un punto de vista estructural los derechos sociales no son diferentes a los civiles y políticos, y que no es correcto sostener que los primeros son siempre derechos de prestación.

Abramovich y Courtis, por su parte, sostienen:

"gran parte de la tradición constitucional Iberoamérica en materia de derechos sociales se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional y de la ya considerable acumulación de precedentes nacionales, han demostrado ser prejuicios de tipo ideológico, antes que argumentos sólidos de dogmática jurídica." ²⁴

Afirman que todos los derechos tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones positivas como negativas. Aseveran que los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención estatal, sino que exigen conductas positivas, tales como la reglamentación, la actividad administrativa de regulación o el ejercicio del poder de policía. Asimismo, aseguran que la vigencia de estos derechos también implica erogaciones destinadas a su cumplimiento, recursos destinados a sostener la burocracia estatal suficiente para su funcionamiento.

Del mismo modo, sostienen que los derechos sociales no se agotan en obligaciones positivas, pues una vez que los titulares hayan accedido a su derecho (a la salud,

²⁴ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristián; "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en COURTIS, Cristián y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (Editores), La protección judicial de los Derechos Sociales, Ecuador, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, disponible en <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/proteccion-judicial-derechos-sociales.pdf> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2016]

educación, vivienda, etc.) el deber estatal se transforma en un deber de abstención de perturbar o realizar conductas que los afecten.

Se entiende entonces, que la división no implica -tal como afirma Piza Escalante- asignarles un diferente valor jurídico o de primacía de unos sobre otros, pero si permite en bases generales diferenciar su contenido.

II.3. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En vistas de lo desarrollado, podemos definir a los derechos sociales como aquellos derechos humanos cuya protección tiende a garantizar el acceso por parte de la población a la satisfacción de necesidades elementales para alcanzar un mínimo existencial por debajo del cual no es posible concebir una vida en dignidad y el desarrollo pleno de la personalidad.

Se trata de prerrogativas que buscan posibilitar la satisfacción de necesidades básicas como el vestido, la comida, la vivienda, la asistencia médica, la educación, la recreación, el trabajo y la seguridad social.

En general, implican una serie de obligaciones de prestaciones positivas a cargo de los Estados, razón por la cual suelen denominarse derechos prestacionales, pero incluyen también deberes de abstención, tales como no interferir o perturbar el goce de los mismos. Asimismo, la acción estatal es desplazada en sociedades articuladas que dispongan de los medios suficientes para posibilitar a sus integrantes el acceso a los mismos.

Su caracterización como derechos subjetivos continúa siendo al día de la fecha un problema ampliamente debatido, a pesar de su reconocimiento legal y convencional.

Por nuestra parte entendemos que debe reconocerse a los derechos sociales como verdaderos derechos, lo que implica otorgarles no sólo un marco de reconocimiento en el

derecho positivo sino asimismo la posibilidad de acceder a la justicia en caso de su vulneración.

CAPÍTULO II

I. Los derechos sociales en los instrumentos internacionales y la Constitución argentina

Hemos desarrollado hasta aquí algunas nociones generales de los derechos humanos y las distintas categorías o clasificaciones que se han elaborado doctrinariamente, con la finalidad de lograr determinar características propias de este amplio universo de derechos.

En este apartado, buscaremos describir cómo los derechos de segunda categoría o de prestaciones positivas o derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se insertan en nuestro marco constitucional y cómo se receptan en los distintos instrumentos internacionales, algunos de los cuales a partir de la reforma constitucional del año 1994, tienen en nuestro país, jerarquía constitucional.

Comenzaremos nuestro análisis señalando que en nuestro país, la Constitución de 1853 (con las reformas parciales de los años 1866 y 1898), respondía a los lineamientos de una ideología liberal respecto a la concepción de los derechos y su noción del Estado con un rol abstencionista. Sin embargo, la norma constitucional del art. 67, inc. 16, conocida como "cláusula de prosperidad" ya hacía mención a una serie de cuestiones vinculadas a los derechos sociales, al establecer -entre las atribuciones del Congreso Nacional- las de

proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria.²⁵

Pero en rigor de conceptos, los derechos sociales se incorporan a nuestro ordenamiento nacional con la reforma constitucional del año 1949, que toma algunos elementos de la "cláusula de prosperidad". En el capítulo III, que contenía un sólo artículo (art. 37), con varios apartados tendientes a brindar protección a los trabajadores, a la familia, a la ancianidad, a la educación y la cultura.

Sin embargo, tras el golpe de estado de 1955, el gobierno militar derogó la constitución de 1949 y convocó a un nuevo proceso de reforma.²⁶

Esta reforma del año 1957, que incorporó el art. 14 bis, con un nuevo marco ideológico introdujo "...un listado de derechos laborales y sociales con pretensiones de realidad, y no meros enunciados formales [...] entre ellos los salarios justos, participación en las ganancias de las empresas, seguridad social integral, jubilaciones y pensiones móviles, y acceso a una vivienda digna".²⁷

En el año 1994, la reforma constitucional mantuvo el art. 14 bis, pero amplió su marco de protección con la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos, a los que otorgó jerarquía constitucional.

Es importante considerar que a partir de la última reforma, la Constitución debe leerse en forma integral y sistémica, teniendo presente que el plexo de derechos, deberes y garantías contenidos en los instrumentos internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22 tienen jerarquía constitucional.

²⁵ FAYT, Carlos S.; "Los derechos sociales en la Constitución Nacional", en LINARES QUINTANA, Segundo V. (Dir. Emérito), FAYT, Carlos S. y BADENI, Gregorio (Dirs.), Derecho constitucional. Doctrinas Esenciales, Tomo II, , La Ley, Bs. As., 2008.

²⁶ ETCHICHURY, Horacio; *Un techo razonable: El derecho a la vivienda digna en un fallo de la Corte suprema Argentina*, Estudios Constitucionales, Vol. 11, Nro. 2 (2013), págs. 737-768, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=820293345020>

²⁷ SAGÜES, Néstor Pedro; op. cit., pág. 537

A continuación se repasará cómo se receptan los DESC en algunos de estos tratados.

La **Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)** adoptada y proclamada por la Asamblea General en el año 1948, en París, en su art. 22, dice:

*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los **derechos económicos, sociales y culturales**, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*

En los artículos siguientes (del 23 al 27) desarrolla los derechos de los trabajadores, de la familia, los niños y los ancianos.

Es pertinente destacar, dado el objeto del presente trabajo, la prerrogativa contenida en el art. 25.1 que establece:

"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios."

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, por su parte, fue suscripta el 21 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica y entró en vigor en 1978. En nuestro país, fue aprobada en 1984 pero luego de la reforma de 1994 este instrumento goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Esta Convención recepta a los DESC en su tercer capítulo, específicamente en el art. 26²⁸, que se limita a su reconocimiento y a establecer la obligación de los Estados partes a su *desarrollo progresivo*.

La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** también refiere específicamente a los derechos sociales. En su artículo 11 dice:

"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad."

²⁸ Artículo 26: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."

Asimismo, postula el derecho a la educación, beneficios de la cultura, al trabajo y retribución justa y seguridad social.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (PDESC) adoptado el 16 de diciembre de 1966, y cuya entrada en vigencia se produjo a partir del año 1976, también goza de jerarquía constitucional. Se adoptó conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en un mismo acto de la Asamblea General de la Naciones Unidas. De este instrumento, se desprende que los derechos sociales son aquellos derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, y que hablan de cuestiones tan básicas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda y la cultura²⁹.

También se hace referencia explícita a los derechos sociales en algunos instrumentos destinados a la protección de grupos específicos, tales como la **Convención sobre los Derechos del Niño** -adoptada el 20 de noviembre de 1989 y puesta en vigor el 2 de septiembre de 1990- o la **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad** -aprobada el 13 de diciembre de 2006 y cuya entrada en vigor se produjo a partir del 3 de mayo de 2008-.

En el primero de los instrumentos mencionados, se señala la obligación subsidiaria³⁰ de los Estados partes, de garantizar a los niños un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Para ello deberán, en caso de ser

²⁹ Ver <https://www.escri-net.org/es/recursos/una-introduccion-derechos-economicos-sociales-y-culturales>

³⁰ Subsidiaria pues el instrumento reconoce en cabeza de los padres o miembros de la familia la obligación principal de proveer a su cuidado.

necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.³¹

Por su parte, el artículo 28 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad dispone que los poderes estatales deberán garantizar a las personas con discapacidad y sus familias, un nivel de vida adecuado, que incluye el acceso a vestido, vivienda y alimentación.³²

II. ¿Operativos o programáticos?

Conforme lo desarrollado en el apartado precedente, no cabe dudas que los DESC han sido receptados normativamente en nuestro país, por la incorporación de postulados internacionales de jerarquía constitucional o supra legal a partir de la reforma de 1994.

Ahora bien, existen dos posturas clásicas en cuanto a la exigibilidad de los derechos sociales y respecto de cómo debe interpretarse una norma cuyo contenido se refiera a ellos.

³¹ Art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³² Art. 28: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

- a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad;
- b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza;
- c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados;
- d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública;
- e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

Por un lado, se encuentran quienes afirman que los mismos son operativos, y por otro, aquellos que sostienen que son programáticos. Asimismo, existen doctrinas intermedias, que morigeran las anteriores, tal como la llamada operatividad derivada.

Tradicionalmente, se denomina derecho programático a aquel que no puede exigirse sin una reglamentación previa, o que sería muy difícil de aplicar sin ella³³.

Quienes sostienen que existen derechos que no son exigibles sin una ley previa que los reglamenten, aducen que se trata de "meros programas de acción" o "un mandato para el Poder Legislativo para su desarrollo a través de políticas públicas que los satisfagan".³⁴

Según esta doctrina, "...la mayor parte de los derechos constitucionales no son operativos de por sí, porque necesitarían normas que los instrumenten [...] la regla constitucional resultaría así una suerte de 'norma incompleta', o sin efectos jurídicos concretos...".³⁵

En general, esta teoría se postula respecto de los derechos de corte o índole social, diferenciándose de los civiles o políticos, a los que se considera como plenamente exigibles con su sola enunciación constitucional.

Aceptar esta postura implica sostener que, los derechos sociales reconocidos constitucionalmente, no podrían exigirse judicialmente sin una ley interna que establezca su contenido y el alcance de las obligaciones estatales.

Bidart Campos, afirma que en materia de tratados de derechos sociales muchas de sus cláusulas suelen ser programáticas e incluso "...dependen para su eficacia de

³³ SAGÜES, Néstor Pedro; Elementos de Derecho Constitucional, Tomos I, 3 ed., Astrea, Buenos Aires, 1999 citado por .ETCHICHURY, Horacio; op. cit.

³⁴ DA SILVA, José Adolfo; *Aplicabilidad de las normas constitucionales* (Trad. Nuria González Martín), Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 2003, pág. 123 citado por ACUÑA, Juan Manuel, "Jurisdicción constitucional en México" en GOZAINI, Osvaldo Alfredo (coord.), Proceso y Constitución, Ediar, Bs. As., 2009, pág. 457.

³⁵ SAGÜES, Néstor Pedro; El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 153.

condicionamientos culturales, económicos, políticos, etc., que exceden el marco normativo del derecho". El autor completa su idea afirmando que "...lo que debe quedar en claro es que aun tratándose de cláusulas programáticas, si la ley que conforme a ellas debe dictarse, no es dictada en un plazo razonable, la *omisión* frustratoria de la cláusula programática merece reputarse *inconstitucional* (inconstitucionalidad por omisión)".³⁶

Por su parte, Sagües dice que las leyes reglamentarias, si bien pueden modelar, no pueden "alterar" el derecho constitucional en juego. De otro modo, caeríamos en la ilógica reflexión de afirmar que "...la Constitución rige con permiso de las leyes"³⁷.

También suele asociarse la programaticidad del derecho social a la necesidad de su previsión presupuestaria. Así, Sesin postula que "...muchos derechos económicos y sociales no son del todo operativos, pues están sujetos a la previsión responsable de los recursos presupuestarios tangibles, en el marco de un camino progresivo que, a lo largo del tiempo, tienda en definitiva a su plena realización".³⁸

En cambio, el carácter de operativo de un derecho implica la no sujeción de su eficacia y plena vigencia a otra norma de rango inferior que la complete.

La ausencia de una ley reglamentaria o una previsión presupuestaria no altera ni modifica el carácter constitucional de los derechos sociales. Es decir,

al encontrarse previstos en una constitución o un tratado no necesitan reconocimiento alguno de los legisladores y su legitimidad, legalidad, validez y vigencia surgen de su consagración constitucional. El reconocimiento por la doctrina contemporánea de su condición de derechos fundamentales hace anacrónico o superfluo el criterio que veía en las necesidades presupuestarias y en la discrecionalidad del legislador la única forma de reconocimiento y vigencia efectiva de los derechos sociales".³⁹

³⁶ BIDART CAMPOS, Germán J.; "El artículo 75, inciso 22 de la Constitución y los derechos humanos", en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (Compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Bs. As., 1998 (2da. ed.), pág. 84.

³⁷ SAGÜES, Néstor P.; op. cit., pág. 153

³⁸ SESIN, Domingo J.; *Cómo controlar a la Administración sin sustituirla en el marco de la ejecución de políticas públicas*, Foro de Córdoba, Año XXVI, N° 187 (diciembre 2016), Córdoba, pág. 74.

³⁹ FAYT, Carlos S.; op. cit., pág. 752

Reconocer el carácter operativo de los derechos sociales implica que ante la ausencia de normas que reglamenten su ejercicio, los mismos son exigibles judicialmente, que poseen un contenido mínimo indisponible y algún grado de tutela.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Opinión General N° 9⁴⁰, sostiene:

"las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales. El artículo en que se requiere que se agoten los recursos internos refuerza la primacía de los recursos nacionales a este respecto. La existencia y el desarrollo de los procedimientos internacionales para atender las reclamaciones individuales es importante, pero en última instancia tales procedimientos sólo vienen a complementar los recursos nacionales efectivos".

Como criterio interpretativo afirma:

"las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta dos principios del derecho internacional: el primero, reflejado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es que 'Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'. En otras palabras, los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte. El segundo principio está reflejado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual 'Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley'".

Agrega que si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

"[...] no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar 'las posibilidades de recurso judicial' [...] los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son 'medios apropiados' según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales".

⁴⁰ Observación General N° 9: La aplicación interna del Pacto, publicada en <https://www.esr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-9-aplicacion-interna-del-pacto>

De lo desarrollado se desprende que el Comité considera que los Estados partes deben proveer los medios necesarios para dotar de operatividad a los derechos contenidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de modo de otorgar protección judicial a tales prerrogativas. Esas circunstancias de acceso deberán existir, aun ante la inexistencia de leyes que reglamenten el contenido o alcance de los DESC.

Entre ambas posturas clásicas, se ha desarrollado recientemente una suerte de postura intermedia que atribuye a algunos derechos sociales ser portadores de la denominada operatividad derivada.

Tal posición ha sido introducida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reconoce que los derechos humanos contenidos en la Constitución "...no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad"⁴¹. Pero señala que tal operatividad es derivada, en tanto:

"[...] su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos".⁴²

Tal idea se completa cuando el Tribunal reconoce a la actividad legislativa como necesaria, en tanto los derechos reconocidos en el PIDESC importan el "...deber concreto e inmediato del estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad"⁴³.

Esta operatividad derivada significaría entonces, reconocer que los derechos sociales conllevan una obligación estatal. La misma se vería satisfecha, no sólo a través de la clásica actividad legislativa de reglamentación, sino que se incluye la posibilidad de la acción del Poder Ejecutivo para su implementación.

⁴¹ Fallos 335:452, considerando 10.

⁴² Fallos 335:452, considerando 12.

⁴³ Fallos 335:452, considerando 8 del voto en disidencia del Dr. Petracchi.

Es dable advertir que se está en presencia de una postura intermedia, en la cual se reconoce el carácter fundamental de los derechos sociales y la necesidad de que los mismos no se tornen ilusorios, pero que se morigera introduciendo que esta efectividad depende no del Poder Legislativo, sino de los restantes poderes estatales.

Para algunos autores, esta nueva categoría sólo marca el regreso de la "programaticidad", bajo otro nombre⁴⁴.

Sin embargo, es menester señalar que si bien se supedita la efectividad de los DESC a la actividad estatal derivada, esto posibilitaría el control judicial de su omisión y por añadidura, la expectativa de otorgar la vigencia real de los derechos de segunda generación.⁴⁵

Sin perjuicio de ello, resulta importante señalar que, aun en el supuesto de aceptar que existen normas constitucionales programáticas o portadoras de una operatividad derivada, no sería correcto adscribir tal sustancia a los derechos económicos, sociales y culturales en su totalidad y por el sólo hecho de ser tales. Por el contrario, tal limitación a su plena vigencia dependería de su enunciación constitucional (lenguaje del constituyente)⁴⁶ o al sistema al que pertenece la cláusula respecto de la que se postula, con independencia del "tipo" de derecho al que se aplica.

De este modo, la "programaticidad" reviste el carácter de una opción del constituyente, y no de una característica predicable con exclusividad de los DESC.⁴⁷

⁴⁴ ETCHICHURY, Horacio; La igualdad desatada..., op. cit.

⁴⁵ En sentido contrario, hay quienes sostienen que la operatividad derivada excluye la exigibilidad judicial. Existiría en cambio, un control judicial de razonabilidad sobre las reglamentaciones, una vez que las mismas se hayan dictado. *Vid.*: ETCHICHURY, Horacio; *Un techo razonable: el derecho a la vivienda en un fallo de la Corte suprema Argentina*, op. cit.

⁴⁶ El constituyente puede optar por ciertos recursos semánticos que parecen distinguir entre *asegurar* un derecho o simplemente *reconocerlo*. A mayor abundamiento, ver SAGÜES, Néstor P.; op. cit., págs. 151/152.

⁴⁷ ACUÑA, Juan Manuel; op. cit., pág. 455.

Podemos sostener que los derechos sociales son operativos, y que como todo derecho, ofrecen un contenido exigible. Es que explicar la juridicidad de los derechos sociales a través de calificarlos como deberes jurídicos de Estado, a los que debe "procurar" satisfacer, es una noción vaga que se traduce en una especie de "deber moral". Adscribir a tal postura implica en cierto modo, negarles el carácter de *derechos*.⁴⁸

Finalmente debemos señalar que coincidimos con lo afirmado por el Dr. Carnota, con relación a que es importante tener en cuenta que cuando los constituyentes reconocen un derecho económico, social o cultural, lo hacen con la misma fuerza normativa que al admitir los clásicos derechos civiles y políticos⁴⁹.

III. Los derechos sociales de alimentación y vivienda digna. Contenido.

Luego de delimitado el marco de los derechos sociales y dado que el objeto del presente trabajo se circunscribe a los derechos de alimentación y vivienda digna, determinaremos a continuación su contenido y alcance.

III.1.- El derecho a una alimentación adecuada

El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11 hace referencia expresamente a este derecho al establecer:

"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

⁴⁸ Piza Escalante, op. cit.

⁴⁹ CARNOTA, Walter F.; "El Derecho a la tutela judicial efectiva y sus vulneraciones en el ámbito de la seguridad social", en BIDART CAMPOS, German y RISSO, Guido I. (Coords.), Los Derechos Humanos del siglo XXI, la revolución inconclusa, Ediar, Buenos Aires, 2005.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan."

Del citado artículo se desprende que los Estados partes están obligados a desarrollar una serie de medidas de producción, conservación y distribución de alimentos para asegurar que todas las personas sean capaces de acceder a alimentos suficientes para estar protegidas contra el hambre y la desnutrición. La realización del derecho a la alimentación, comprende la seguridad alimentaria -sostenibilidad del acceso a los alimentos para las generaciones presentes y futuras- y la soberanía alimentaria -el derecho de los pueblos a definir sus propios sistemas alimentarios y agrícolas-. Este derecho no se limita al mero hecho de tener una cierta cantidad de calorías y los nutrientes necesarios en la dieta, sino que también implica que todos deben tener acceso físico y económico a los alimentos o los medios para producirlos en todo momento⁵⁰.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC) en su Observación General N° 12 proporcionó una orientación detallada a los Estados con respecto a sus obligaciones de respetar, proteger y realizar el derecho a una alimentación adecuada.⁵¹

En este instrumento se destaca que el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta

⁵⁰ <https://www.eschr-net.org/es/recursos/derecho-alimentacion>

⁵¹ <http://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx>

Internacional de Derechos Humanos. Afirma que es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos.

Agrega que el derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla.

Dispone que no debe interpretarse en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos.

El Comité considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente:

- la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada;
- la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

Por otra parte, señala que el Pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre.

Apunta que para determinar qué medidas u omisiones constituyen una violación del derecho a la alimentación, es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir sus obligaciones.

Según el Comité, en el caso de que un Estado Parte aduzca que la limitación de sus recursos le impiden facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son

capaces de obtenerla por sí mismas, el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Esta obligación dimana del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto en el que se obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga. El Estado que aduzca que es incapaz de cumplir esta obligación por razones que están fuera de su control, tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios.

El Comité aclara que toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional; y que todas las víctimas de estas violaciones tienen derecho a una reparación que puede adoptar la forma de restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición.

Asimismo, pone en cabeza de los defensores nacionales del pueblo y las comisiones de derechos humanos el deber de ocuparse de las violaciones del derecho a la alimentación e invita a los jueces y otros miembros de la profesión letrada a prestar una mayor atención a las violaciones a este derecho en el ejercicio de sus funciones.

Debemos mencionar asimismo la labor de la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas que junto a Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) en su Folleto Informativo Nº 34⁵² desarrollan una serie de ideas erróneas sobre el derecho a la alimentación. Entre ellas menciona:

⁵² La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Ginebra (ACNUDH) ha desarrollado una serie de folletos informativos sobre los derechos humanos, que conforme surge de su texto son publicaciones que tratan de determinadas cuestiones de derechos humanos que están en curso de examen o que revisten especial interés. Su finalidad es que cada vez más personas conozcan los derechos humanos fundamentales, la labor que realizan las Naciones Unidas para promoverlos y protegerlos y los mecanismos internacionales con que se cuenta para ayudar a hacerlos efectivos. Se encuentran publicados en <http://www.ohchr.org>.

- **El derecho a la alimentación NO es lo mismo que un derecho a ser alimentado.**

Frente a la presunción de que el derecho a la alimentación significa que el gobierno debe entregar alimentos en forma gratuita a quien los necesiten, y que esto no sería viable o que podría causar dependencia, el organismo de derecho humanos explica que se trata de un error.

Aclara que el derecho a la alimentación no es un derecho a ser alimentado, sino principalmente "el derecho a alimentarse en condiciones de dignidad". De este modo, se busca que las personas "satisfagan sus propias necesidades con su propio esfuerzo y utilizando sus propios recursos". Explica:

"una persona debe vivir en condiciones que le permitan o producir alimentos o comprarlos. Para producir sus propios alimentos una persona necesita tierra, semillas, agua y otros recursos, y para comprarlos necesita dinero y acceso al mercado. El derecho a la alimentación requiere que los Estados provean una atmósfera propicia en que las personas puedan utilizar su plena potencialidad para producir o adquirir alimentación adecuada para ellos mismos y sus familias. No obstante, cuando los habitantes no pueden alimentarse con sus propios medios, por ejemplo, como resultado de un conflicto armado, un desastre natural o porque se hallan en detención, el Estado debe suministrar alimentación directamente".

- **La denegación del derecho a la alimentación NO es el resultado de la falta de alimentos en el mundo.**

Según la FAO:

"el mundo produce suficiente cantidad de alimentos para alimentar a toda su población. La causa básica del hambre y la desnutrición no es la falta de alimentos sino la falta de acceso a los alimentos disponibles. Por ejemplo, la pobreza, la exclusión social y la discriminación suelen menoscabar el acceso de las personas a los alimentos, no solo en los países en desarrollo sino también en los países económicamente más desarrollados, donde hay alimentos en abundancia. Pero en el largo plazo los Estados tienen que tratar de facilitar una producción sostenible de alimentos a fin de garantizar la disponibilidad de alimentos para las generaciones futuras, considerando factores como el crecimiento de la población, el efecto del posible cambio climático y la disponibilidad de recursos naturales".

Este Folleto Informativo explica también que existe un vínculo entre el derecho a la alimentación y otros derechos humanos. Señala que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles e interrelacionados. Esto significa que la violación del derecho a la alimentación puede menoscabar el goce de otros derechos humanos, como:

-El derecho a la salud. La nutrición es un componente tanto del derecho a la salud como del derecho a la alimentación.

-El derecho a la vida. Este derecho se encuentra en riesgo cuando las personas no tienen acceso a los alimentos, pues enfrentan el riesgo de muerte por hambre, desnutrición o las enfermedades resultantes de una mala alimentación.

-El derecho al agua. El derecho a la alimentación no puede hacerse efectivo si las personas carecen de acceso a agua limpia para su uso personal y doméstico, definida como "agua potable, para lavar ropa, preparar alimentos y usar en la higiene personal y doméstica".

-El derecho a la vivienda adecuada. Su relación parte de considerar que cuando una vivienda carece de elementos básicos (para cocinar o almacenar alimentos), puede ponerse en riesgo la alimentación adecuada de sus residentes. Además, si el costo de la vivienda es demasiado elevado, las personas pueden verse obligadas a reducir su gasto en alimentos.

-El derecho a la educación. La relación entre ambos derechos es estrecha. La falta de acceso a los alimentos afecta la capacidad de aprendizaje de los niños y puede obligarlos a abandonar la escuela y a trabajar en lugar de educarse. Es que:

"[...] para ser libres del hambre y la desnutrición las personas necesitan saber cómo mantener una dieta nutritiva y tener las aptitudes y la capacidad para producir u obtener alimentos como un medio de vida. De esta manera el acceso a la educación, incluida la educación profesional, es esencial para el ejercicio del derecho a la alimentación".

-El derecho al trabajo y a la seguridad social. El acceso a un empleo o a gozar de los beneficios de la seguridad social, suelen ser medios fundamentales para adquirir alimentos. Por otra parte, los salarios mínimos y los beneficios de la seguridad social "suelen determinarse tomando en cuenta el costo de los alimentos básicos en el mercado".

A nivel local, debemos señalar que el derecho a la alimentación no se encuentra expresamente previsto en nuestro ordenamiento constitucional, sino que se incorpora por la

clausula del art. 75 inc. 22, que otorga a los tratados internacionales que lo contienen, jerarquía constitucional.

Esta falta de enunciación expresa no es exclusiva de nuestro país, por el contrario, es lo usual en los sistemas jurídicos de América Latina, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos sociales tales como el trabajo, la salud o la educación. Diversos factores contribuyeron a este resultado, por ejemplo, que se trata de un derecho relativamente "nuevo" o el pensamiento clásico que consideraba suficiente garantizar el trabajo como modo a través del cual los sujetos podrían acceder por sus propios medios al goce de otros derechos como alimentos, vivienda y salud⁵³.

Conforme lo desarrollado, el derecho a la alimentación es un claro ejemplo de la interdependencia de los derechos humanos, no sólo en el sentido de que su incumplimiento imposibilita el goce de otros derechos (sin alimentos posiblemente una persona no pueda trabajar, ni estudiar y su salud sea precaria) sino que como veremos más adelante, su judicialización muchas veces ha ido de la mano de reclamos por otros derechos vulnerados.

III.2.- El derecho a una vivienda digna

El derecho de acceso a una vivienda digna surge del art. 14 bis de la Constitución Nacional y del citado art. 11 de PDESC, entre otras fuentes normativas de carácter internacional.

Este derecho

"no significa, necesariamente, tener la propiedad de un inmueble, sino el derecho (bajo diversos títulos) a vivir en él [...] Se trata de un derecho que habilita (al igual que el derecho a la salud o a la educación) a exigir actividades estatales concretas para dar soluciones habitacionales. Por ejemplo, el Estado debe formular políticas, generar y publicar información

⁵³ COURTIS, Christian; "El derecho a la alimentación como derecho justiciable: desafíos y estrategias", en COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (editores), op. cit.

sobre el tema, llevar adelante planes siempre de modo progresivo, sin retroceder en el nivel de vigencia del derecho a la vivienda".⁵⁴

En su Observación General nº 4 el Comité DESC (1991) se expide sobre este derecho y establece:

"no debe interpretarse en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, 'la dignidad inherente a la persona humana', de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término 'vivienda' se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada".⁵⁵

El Comité considera que a pesar de que el concepto de adecuación depende de factores sociales, culturales y económicos, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes:

a) Seguridad jurídica de la tenencia. Refiere a la existencia de diferentes formas de tenencia (tales como arriendo, vivienda en cooperativa, asentamientos informales, etc.) y a la necesidad de que los Estados adopten las medidas necesarias para conferir de seguridad legal a todas ellas.

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda para considerarse adecuada debe tener acceso a recursos que posibiliten la vida en ella, tales como agua potable, energía, calefacción, alumbrado e instalaciones sanitarias.

c) Gastos soportables. Señala la necesidad de que los gastos personales o del hogar no deben impedir la satisfacción de otras necesidades básicas. Para ello, los Estados Partes

⁵⁴ ETCHICHURY, Horacio Javier, "Derechos humanos (Cuarta Parte)", en HERNÁNDEZ, Antonio María (Dir.) y CHIACCHIERA CASTRO, Paulina (Coord.), Derecho Constitucional, Tomo I, La Ley, Bs.As., 2012, págs. 750/751.

⁵⁵ <http://www.ohchr.org/>

deberían adoptar medidas para garantizar que los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Enumera alternativas tales como la creación de subsidios de vivienda o financiación para satisfacer tales necesidades. Asimismo, refiere a la disposición de medios adecuados para proteger a inquilinos de aumentos desproporcionados de los alquileres.

d) Habitabilidad. En este punto se estipula que una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado que brinde protección del frío, la humedad, el calor y brinde seguridad física a los ocupantes.

e) Asequibilidad. Establece que debe concederse a los grupos en situación de desventaja (personas mayores, niños, los incapacitados físicos, enfermos terminales, individuos VIH positivos, enfermos mentales, víctimas de desastres naturales, entre otros) un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda.

f) Lugar. Refiere a que la vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso un empleo, a los servicios sanitarios, centros de atención, escuelas y otros servicios sociales. Asimismo, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenacen el derecho a la salud.

g) Adecuación cultural. Este punto atiende a que debe respetarse la expresión de la identidad cultural y su diversidad tanto en la construcción como en la disposición de la vivienda.

El Comité también se expidió sobre este derecho en la Observación General nº 7, en la que se hace especial hincapié en los desalojos forzosos. Mediante este instrumento fija las pautas que deberán seguir los estados partes en este tipo de procedimiento, detallando las garantías procesales que se deberían aplicarse en el contexto de los desalojos forzosos. Entre ellas figuran:

"a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales".⁵⁶

Las Naciones Unidas junto a la ONU Habitat, en su Folleto Informativo N° 21/Rev. 1⁵⁷ aclara una serie de ideas erróneas sobre el derecho a una vivienda adecuada. Entre ellas menciona:

• **El derecho a una vivienda adecuada NO exige que el Estado construya viviendas para toda la población.**

Una de las ideas más frecuentes vinculadas al derecho a una vivienda adecuada es que requiere que el Estado construya viviendas para toda la población, y que las personas que carecen de vivienda puedan pedirla automáticamente al gobierno. Si bien la mayoría de los gobiernos participan en cierta medida en la construcción de viviendas, el derecho a una vivienda adecuada evidentemente no obliga al gobierno a construir el parque de viviendas para toda la nación.

En lugar de ello,

"el derecho a una vivienda adecuada comprende las medidas necesarias para prevenir la falta de un techo, prohibir los desalojos forzosos, luchar contra la discriminación, centrarse en los grupos más vulnerables y marginados, asegurar la seguridad de tenencia para todos y garantizar que la vivienda de todas las personas sea adecuada. Estas medidas pueden requerir la intervención del gobierno en distintos planos: legislativo, administrativo, de políticas o de prioridades de gastos. Pueden aplicarse mediante un criterio propicio a la vivienda en el que el gobierno, en lugar de desempeñar el papel de proveedor de viviendas, se convierte en facilitador de las actividades de todos los participantes en la producción y mejora de la vivienda".

⁵⁶ <http://www.ohchr.org>

⁵⁷ <http://www.ohchr.org>.

En determinados casos, sin embargo, el Estado quizá tenga que proporcionar asistencia directa, en supuestos tales como desastres naturales o a los grupos más vulnerables de la sociedad.

• El derecho a una vivienda adecuada NO es solamente una meta programática que debe alcanzarse a largo plazo.

Otro malentendido es que el derecho a una vivienda adecuada no impone obligaciones inmediatas al Estado, coincidente con la postura relacionada al carácter programático de los derechos sociales.

El Comité aclara que "...los Estados deben realizar sin demora todos los esfuerzos y adoptar todas las medidas posibles, dentro de los recursos de que disponen, para llevar a la práctica el derecho a una vivienda adecuada". Esta limitación de recursos disponible no permite excusarse frente a obligaciones tales como la de garantizar el derecho a una vivienda adecuada en condiciones no discriminatorias y de igualdad, elaborar legislación y planes de acción específicos, prevenir los desalojos forzosos y garantizar cierto grado de seguridad de tenencia para todos.

• El derecho a una vivienda adecuada NO es lo mismo que el derecho a la propiedad.

El derecho a una vivienda adecuada es más amplio que el derecho a la propiedad, puesto que contempla derechos no vinculados con ella y tiene como fin asegurar que todas las personas, tengan un lugar seguro para vivir en paz y dignidad.

La seguridad de la tenencia, por su parte, puede adoptar diversas formas (alquiler, viviendas cooperativas, arrendamientos, ocupación, alojamiento de emergencia y asentamientos improvisados) y no está limitada al otorgamiento de un título jurídico formal.

La protección que brinda este derecho, es más amplia que la del derecho a la propiedad, puesto que incluye por ejemplo, a la protección frente a desalojo forzoso.

Por otra parte, este Folleto Informativo explica cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a este derecho, y las sintetiza en tres acciones:

-Obligación de respetar. Requiere que los Estados se abstengan de una injerencia directa o indirecta en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada.

Por ejemplo, los Estados deben abstenerse de efectuar desalojos forzosos y demoler viviendas, de denegar la seguridad de tenencia, de imponer prácticas discriminatorias que limiten el acceso sobre la vivienda, de transgredir el derecho a la privacidad y la protección del hogar, de denegar la restitución de la vivienda y de contaminar los recursos hídricos.

-Obligación de proteger. Importa que los Estados impidan la injerencia de terceros en el derecho a una vivienda adecuada. Es decir,

"los Estados deben adoptar legislación u otras medidas para cerciorarse de que los actores privados -verbigracia, los propietarios de viviendas, los promotores inmobiliarios, los propietarios de tierras y las empresas- cumplan las normas de derechos humanos relativas al derecho a una vivienda adecuada; garantizar que los bancos y las instituciones financieras concedan financiación para la vivienda sin discriminación; asegurar que el suministro privado de agua, saneamiento y otros servicios básicos conexos no ponga en peligro su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; velar por que esos servicios no sean suspendidos arbitraria e ilegalmente por terceros; prevenir las prácticas discriminatorias en materia de herencia que afectan el acceso de la mujer y su control sobre la vivienda, la tierra y el patrimonio; asegurar que los propietarios de viviendas no discriminen contra determinados grupos; velar por que los actores privados no lleven a cabo desalojos forzosos".

-Obligación de realizar. Refiere a la exigencia de que los poderes estatales adopten las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo, apropiadas para la realización plena del derecho a una vivienda adecuada. Enumera como ejemplos adoptar una política o un plan de vivienda nacional que defina los objetivos de desarrollo, centrándose en los grupos desfavorecidos y marginados; determine los recursos disponibles; exponga las responsabilidades y plazos para la aplicación de las

medidas necesarias; dé seguimiento a los resultados; y asegure recursos adecuados para los casos de violaciones.

Esta obligación también impone la necesidad de prevenir y solucionar la carencia de vivienda y proporcionar la infraestructura física necesaria para que la vivienda sea considerada adecuada (electricidad, agua potable, saneamiento adecuado, recogida de basuras y otros servicios esenciales).

CAPÍTULO III

I. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Doctrina del Tribunal y lineamientos respecto a los derechos sociales de alimentación y vivienda digna.

En el presente apartado, a través de un análisis de la jurisprudencia, procuraremos determinar si los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recogen los lineamientos sentados por los instrumentos internacionales, que se han desarrollado precedentemente.

Asimismo, intentaremos identificar cual es la doctrina del Tribunal en estos temas y verificar si existe una posición respecto a cómo pueden catalogarse los derechos sociales (operativos o programáticos), cuál es el rol del Poder Judicial con relación a los mismos y cuáles son los criterios utilizados para resolver casos vinculados a esos derechos.

A tal fin, realizaremos un repaso en orden cronológico, de algunas de las resoluciones más relevantes del Máximo Tribunal nacional relacionados con los derechos de vivienda y alimentación.

I.1. Jorge Ernesto de Donato vs. Comisión Municipal de Vivienda (1986).⁵⁸

En este primer fallo que traemos a colación, la Corte se expidió en el marco de un recurso extraordinario presentado por el actor. En el mismo, impugnaba el rechazo de un amparo por mora presentado en contra de la Comisión Municipal de Vivienda.

La mayoría del Tribunal resolvió no hacer lugar al recurso planteado, pues consideró que no se habían cumplimentado los requisitos del art. 28 de la Ley 19.549, y que la sentencia apelada contaba con los fundamentos suficientes, lo que impedían su descalificación en términos de la doctrina de arbitrariedad.

En su voto en disidencia, los Dres. Carlos S. Fayt y Jorge Antonio Bacqué afirmaron:

"Reviste un rigor formal injustificado, y corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que rechazó la demanda de amparo por mora de la administración, pues frente a las razones dadas por el apelante con relación a sus condiciones familiares, a sus dificultades para conseguir vivienda, a las políticas enunciadas por la autoridad competente y a su inscripción en planes correspondientes de la Comisión Municipal de la vivienda, la demanda no debió ser rechazada *in limine* y sin requerir un informe a la autoridad competente, ya que la necesidad de **respuesta sobre un problema de vital importancia para el demandante -poseedor de una familia numerosa que aspira a la utilización de un plan oficial para lograr acceso a una vivienda digna- no puede ser desatendido por completo sobre la base de consideraciones procesales insuficientes**". (el destacado me pertenece)

En consecuencia, la minoría de la Corte entendió que estando en juego un derecho fundamental como la vivienda, no eran factibles consideraciones procesales para su valoración. Se incluyen en el razonamiento, valoraciones como la familia numerosa del actor y su imposibilidad de acceder a una vivienda. Se valoró el derecho de acceso a una vivienda en condiciones de dignidad como un factor importante al resolver.

⁵⁸ 03/04/1986; Fallos 308:466

I.2. Jorge Arturo Guzman c. Comisión Municipal de Vivienda (1986).⁵⁹

En esta oportunidad, la parte demandada interpuso recurso extraordinario en contra de la sentencia que hizo lugar a la demanda de amparo por mora iniciada por el actor, y condenó a la Comisión Municipal de Vivienda de Buenos Aires a que entregara una vivienda adecuada para su grupo familiar en calidad de comodato.

El Tribunal por mayoría resolvió dejar sin efecto la sentencia recurrida pues estimó que existió "***un exceso en la jurisdicción apelada***". Afirmó que la demanda fue interpuesta en el marco de un amparo por mora (art. 28, Ley 19-549) y no correspondía tener por acreditados los requisitos de un amparo genérico (art. 1, Ley 16.986), por exceder el marco de la acción intentada.

Asimismo, sostuvo que la acción de amparo

"[...] no tiene por finalidad obviar o urgir el trámite de los procedimientos administrativos o judiciales establecidos legal o reglamentariamente para el logro de los resultados que con él se procura, ni es apta para ***autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a la jurisdicción que por ley tienen conferida, alterando el normal juego de la instituciones vigentes.***" (el destacado es propio)

En el voto minoritario, los Dres. Fayt y Bacqué por su parte, rechazaron el recurso extraordinario interpuesto, pues consideraron que la parte recurrente no refutó las consideraciones del tribunal *a quo*, en particular

"[...] las disposiciones del art. 14 nuevo de la Constitución Nacional con la situación planteada en autos, de la cual a decir del juzgador surge el derecho a una solución concreta que impide que se soslaye la protección que le Constituyente quiso propiciar a la familia, y, en particular, en relación con su vivienda".

De este modo, la mayoría apuntó al principio de división de poderes y a la necesidad de evitar injerencias del Poder Judicial en el marco de acción de los poderes políticos.

⁵⁹ 27/05/1986; Fallos 308: 864

Consideró que la asignación de una vivienda al actor, se encontraba dentro de las funciones del ente administrativo, y por lo tanto, exentas del control judicial.

Por su parte, la minoría hizo hincapié en la protección de los derechos constitucionales -art. 14 bis- y la importancia de que los mismos se tornen efectivos. Nuevamente se refiere a la protección de la familia y la vivienda digna.

I.3. Ramos, Marta Roxana y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo. (2002).⁶⁰

La actora, por derecho propio y en representación de sus ocho hijos menores, promovió acción de amparo contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital Garrahan con el objeto de acceder a los derechos de alimentación sana, salud, educación y vivienda digna. Solicitó que les suministren una cuota alimentaria, prestaciones y atención médica (en especial a una de sus hijas, que padece una cardiopatía congénita) y las condiciones materiales para que sus hijos en edad escolar pudieran concurrir a un establecimiento educativo (ropa, calzado, útiles escolares y transporte).

La Corte por mayoría, rechazó el amparo interpuesto por no haber advertido la existencia de actos u omisiones que, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, hayan afectado o amenazado los derechos invocados por la amparista.

Entre los argumentos de la mayoría se destacan:

⁶⁰ 27/06/2002, Fallos: 325:1603

- La falta de acreditación por parte de la actora de una denegatoria directa por parte de las autoridades.

Los vocales del voto mayoritario afirmaron:

"[...] de los propios términos de la demanda así como de la documentación acompañada no surge que los accionados hayan negado en forma directa el acceso a la educación o a las prestaciones médicas requeridas. Así, por ejemplo, no se encuentra acreditado que exista un impedimento -atribuible a las demandadas- para que los hijos de la presentante puedan concurrir a un establecimiento educacional público y gratuito [...]. Tampoco se desprende del escrito inicial que se hubiese frustrado el derecho a la salud que le asiste [...]" (del considerando 4, voto de los Dres. Eduardo Moline O' Connor y Augusto César Belluscio. En el mismo sentido, considerando 3 de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert).

- Obligaciones cuyo origen son las relaciones de parentesco y subsidiariedad del estado.

Sobre este punto, la mayoría sostuvo:

"[...] el reclamo de suministro -a cargo del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente y de la Provincia de Buenos Aires- de una concreta, efectiva, continua y mensual cuota alimentaria [...] importa transferir a las autoridades públicas el cumplimiento de una obligación que tiene su origen en las relaciones de parentesco (arts. 367 y sgtes. del Código Civil) -cuya exigencia específica a sus responsables descarta a priori- enderezando por esta vía un reclamo judicial liminalmente improcedente".

En el mismo sentido agregó:

"[...] precisamente, es en el ámbito de la administración de los planes asistenciales del Estado Nacional y provincial, donde la demandante debe acudir -en subsidio- para tratar de subvenir su afligente situación [...] por lo demás, la demandante no ha demostrado -como era a su cargo- la inexistencia de algún beneficio específico que alcance a su situación de desamparo, omisión que no puede ser subsanada por la actividad oficiosa de esta Corte, a la cual no corresponde la asunción de su defensa tutelar, función ésta que se encuentra asignada a otros órganos específicos del Estado Nacional". (de los considerandos 5 y 6, voto de los vocales Eduardo Moline O' Connor y Augusto César Belluscio).

Además de la consideración respecto a la subsidiariedad del accionar estatal en la asistencia, el voto puso en cabeza de la actora, la prueba respecto a la inexistencia de beneficios para su especial situación de vulnerabilidad. Es decir, se estimó que era oportuno que la accionante arrimara pruebas que permitieran determinar la carencia de programas que atendieran a su problemática. Este criterio -como se referirá más adelante- es revertido por la propia Corte, tras considerar que quien se encuentra en mejores condiciones para

arrimar elementos convictivos e información suficiente, en este tipo de casos, suele ser la parte demandada.

- Incompetencia de la Corte para valorar situaciones de gobierno y asignación de recursos.

Sobre la cuestión, los vocales del primer voto sostuvieron:

"El desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, toda vez que **no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado** (Fallos: 300:1282 y 301:771), **ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles**, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75, incs. 18 y 32... "

Agregaron que:

" [...] conviene recordar que la acción de amparo no tiene por objeto obviar los trámites legales ni alterar las instituciones vigentes (Fallos: 310:1542, 1927 y 2076; 315:1485; 317:1755; 322:2247), ni justifica la extensión de la jurisdicción legal y constitucional de los jueces (Fallos: 310:2076), a quienes **no le corresponde el control del acierto con que la administración desempeña** las funciones que la ley le encomienda válidamente o la razonabilidad con que ejerce sus atribuciones propias". (de los considerandos 7 y 8, voto de Eduardo Moline O' Connor y Augusto César Belluscio. En igual sentido, considerando 6, voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert. El destacado me pertenece).

Así, los magistrados citados, se refirieron a la importancia de no asumir facultades conferidas a los restantes poderes, como a la improcedencia del control judicial respecto de las potestades discrecionales de la administración, en particular, respecto a la asignación de recursos.

Es decir, se propició respeto al principio de división de poderes y una abstención para valorar y controlar situaciones de gobierno por parte del Poder Judicial, evitando la injerencia que consideraron indebida.

Por su parte, los jueces Carlos S. Fayt y Antonio Boggiano -en disidencia- sostuvieron que correspondía dar curso a la pretensión. Entre sus fundamentos cabe destacar:

- **No se trata de medidas de gobierno de alcance general, sino de sólo aquellas que darían satisfacción a los derechos más primarios.**

En este punto, los magistrados de la disidencia sostuvieron que si bien

"[...] la situación de desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación -en la que se encuentra una parte importante de la población del país-, revela un dramático cuadro social, que no puede ser resuelto por esta Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado toda vez que la naturaleza específica de sus funciones en el marco de las instituciones fundamentales se lo impiden [...] **una comprensión de esta doctrina que negara la posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto, el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión no puede compartirse.** Ello por cuanto no se están requiriendo en el caso medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquellas que a juicio de los peticionarios, darían satisfacción a sus derechos más primarios". (Considerando 6 del voto de la disidencia, el destacado es propio).

Aquí, si bien se reconoció la necesidad de no injerencia del Poder Judicial sobre las facultades conferidas a los restante poderes estatales, se aludió a la incoherencia que significaría la imposibilidad de recurrir judicialmente en los supuestos de violación o vulneración de derechos constitucionalmente tutelados.

Los magistrados referidos entendieron que dar tutela en el caso de la actora, no implicaba medidas de alcance general vedadas a los jueces, sino la posibilidad de acceso a un nivel de vida suficiente.

- **Existencia y operatividad de los derechos de alimentación, vivienda, salud y educación.**

Sostuvieron Fayt y Boggiano que "...dar curso al presente amparo tiende a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados" (del considerando 6)

De este modo, la posición asumida por ellos, se sitúa dentro de quienes postulan la operatividad de los derechos sociales, o al menos, la necesidad de tornarlos operativas a

través de acciones concretas. Nuevamente, se puso el acento sobre el cumplimiento de los derechos, y la responsabilidad estatal que ello conlleva.

I.4. Quiñones, Amalia y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ ordinario (2006).⁶¹

La actora, por derecho propio y en representación de todos los habitantes de Villa "La Cava" afectados por la falta de vivienda, promovió demanda contra el Estado Nacional -Subsecretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios- y la Provincia de Buenos Aires -Instituto de la Vivienda-, con el fin de que se los condenara a adoptar las medidas necesarias para solucionar en forma definitiva el problema habitacional que padecían, de conformidad con el convenio que habían celebrado con la Secretaría de la Vivienda y Ordenamiento Ambiental de la Nación y el Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires (1986), con las resoluciones 795/84, 549/91 y las que en su consecuencia se dictaron, que regularon el "Programa de Renovación Urbana del Barrio La Cava".

La Corte, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal, se declaró incompetente para resolver el litigio.

Fundó su incompetencia en que, a los efectos de que una provincia pueda ser tenida como parte y proceda, en consecuencia, la competencia originaria de la Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, es necesario que ella participe nominalmente en el pleito, ya sea como actora, demandada o tercero, y sustancialmente, es decir, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria.

⁶¹ 24/06/2004, Fallos 327:2523.

Asimismo, esa calidad de parte debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales.

En el caso, dicho recaudo no se cumplió pues:

"[...] el Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires, es una entidad autárquica de derecho público, con capacidad para actuar pública o privadamente dentro del ámbito de la competencia que le asigna esa norma, por lo que se diferencia del Estado local y no se identifica con él. En consecuencia, al no aparecer la Provincia de Buenos Aires como titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión, entiendo que no cabe tenerla como parte sustancial en la litis". (del dictamen del Procurador General de la Nación, al que remite el fallo de la Corte Suprema de Justicia).

No procedió en análisis de la cuestión de fondo, o el estado de vulnerabilidad que pudieran presentar los habitantes de la Villa. Tampoco se aludió a la legitimación para accionar de la parte actora. Simplemente, el Tribunal optó por un rechazo *in limine* de la demanda por cuestiones procesales.

I.5. Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo (2006).⁶²

La accionante, en nombre y representación de sus dos hijos menores de edad (2 y 5 años), inició acción de amparo en contra del Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social-, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, y solicitó el cumplimiento de la Ley 25.724, que había creado el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación.

Relató que sus dos hijos padecían un grave estado de desnutrición y que su grupo familiar subsistía con la ayuda que le otorgaba el Estado a través de un plan de asistencia social y, hasta poco tiempo antes de interponer la demanda, con la que le prestaban tres comedores que funcionaban en su barrio y que habían sido cerrados. Peticionó, que se dicte una medida cautelar por la cual se ordenara a los demandados, proveer en forma inmediata,

⁶² 07/03/2006, Fallos 329:553

los elementos necesarios para asegurar una dieta alimentaria y la realización de los controles de la evolución de la salud de los niños.

La Corte se declaró incompetente para resolver el litigio, pues sostuvo que no se daban en autos las condiciones que habilitaran la competencia originaria del Tribunal. En efecto, expuso que no mediaba incumplimiento del Estado Nacional, pues la norma en la cual se fundó la acción disponía que la ejecución del Programa de Nutrición y Alimentación Nacional estaba en cabeza de cada una de las provincias, con indicación de acciones precisas a cargo de los respectivos municipios.

Sin perjuicio de la declaración de incompetencia, la Corte, por mayoría, resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada, pues entendió que mediaba suficiente verisimilitud en el derecho y en particular, peligro en la demora.

De este modo, y con referencia a un anterior precedente⁶³, ordenó a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes que proveyeran los alimentos necesarios para asegurar a los niños una dieta que cubriera las necesidades nutricionales básicas y se realizaran los controles pertinentes sobre la evolución de su salud.

Aquí la Corte hizo una opción diferente al caso anterior, pues si bien las razones de su incompetencia eran de similar carácter, se ponderó necesario asegurar la subsistencia de los niños involucrados. La necesidad de preservar los derechos que hacen a la satisfacción de las necesidades más elementales (alimentación y salud), tuvo primacía por sobre las cuestiones de carácter formal.

Por su parte, las Dras. Highton de Nolasco y Argibay, resolvieron rechazar la demanda *in limine*. Consideraron que, de lo manifestado por la actora, no surgía que ningún

⁶³ P.1425.XL "Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo", sentencia del 7 de diciembre de 2004. En dicho precedente, la Corte se declaró incompetente sin perjuicio de lo cual hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó la provisión de un medicamento a una niña con problemas severos de salud.

organismo público hubiera denegado las prestaciones solicitadas y no existían actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta afectaran o amenazaren los derechos invocados.

Asimismo, sostuvieron que:

"[...] el dramático cuadro social, no puede ser considerado ni resuelto por esta Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado toda vez que la naturaleza específica de sus funciones en el marco de las instituciones fundamentales se lo impide" (del considerando 5, voto de la minoría).

I.6. Uran, Roberto Elías y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo (2006).⁶⁴

Los actores, por derecho propio y en representación de sus 10 hijos menores de edad, promovieron acción de amparo en contra de la Provincia de Buenos Aires -Ministerios de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, y de Desarrollo Humano-, el Estado Nacional -Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios-, el Instituto Provincial de la Vivienda y la Municipalidad de San Isidro, a fin de que cumplieran con su obligación legal de arbitrar las medidas necesarias para acceder a los derechos sociales a una vivienda digna y alimentación, y ser incluidos en el Plan Federal de Vivienda o en un plan alternativo.

Manifestaron que Roberto Elías Uran padecía desde su nacimiento una discapacidad que, por falta de atención adecuada como así también por la necesidad de una nueva intervención quirúrgica, le impedía trabajar y que, a su vez, Rosa Mabel Domínguez -cónyuge y madre de los niños- luego de la pérdida de la visión de uno de sus ojos y del nacimiento prematuro de sus hijos mellizos, tampoco podía efectuar tarea alguna fuera del hogar.

⁶⁴ 30/05/2006, Fallos 329:2121

Agregaron que vivían en una habitación pequeña de una casa tomada, junto a otras familias en condiciones de hacinamiento e infrahumanas, pues si bien el actor era titular de una pensión por invalidez y percibía un salario familiar, ello le resulta insuficiente para su subsistencia y la de sus hijos.

Afirmaron que efectuaron presentaciones ante las demandadas pero que, a pesar de ello, no obtuvieron respuesta alguna de su parte.

La Corte se declara nuevamente incompetente para entender en la causa, con fundamento en la falta de incumplimiento del Estado Nacional, lo que evitaría su carácter de demandado.

Si bien la premisa en que funda su incompetencia es usual en el Tribunal, llama la atención la argumentación desarrollada para llegar a dicha conclusión.

En efecto, la Corte asienta su postura aduciendo que:

"[...] el actor inicia la demanda contra la Municipalidad de San Isidro y la Provincia de Buenos Aires pues, tal como se desprende de la documentación obrante a fs. 48/50, efectuó los trámites correspondientes para satisfacer sus reclamos ante el citado municipio y ante los Ministerios de Desarrollo Humano y de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos del estado local pero, en cambio, no puede afirmarse que haya hecho lo mismo respecto del Estado Nacional. Ello es así pues, no ha podido ser acreditado en autos que el oficio que se acompaña a fs. 51 haya sido diligenciado tal como pretenden ante la Subsecretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, dado que del mismo no se desprende la fecha de presentación ni la firma de empleado alguno que indique que haya sido recibido por ese organismo. Por lo tanto, cabe concluir que, en el presente caso, no media incumplimiento" (del considerando 2).

La Corte retomó aquí la postura que había asumido en "Quiñones, Amalia...", pues sin perjuicio de la evaluación del estado de vulnerabilidad de los actores y sus hijos menores, optó por su sola declaración de incompetencia sin medidas adicionales.

La falta de prueba del reclamo realizado ante el Estado nacional, fue el argumento central para que el Tribunal optara por no analizar el fondo del asunto, por considerar que no se acreditó el incumplimiento.

I.7. Quiñone, Alberto Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ amparo (2006).⁶⁵

El actor, en representación de sus 5 hijos menores de edad, interpuso acción de amparo en contra del Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social-, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, con fundamento en la ley 25.724 que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación.

Manifestó que sus hijos padecían un grave estado de desnutrición, y que su grupo familiar subsistía con la ayuda que le otorgaba el Estado a través de un plan de asistencia social y, con la que le prestaban tres comedores que funcionaban en su barrio y que habían sido cerrados.

La CSJN, con remisión expresa a los fundamentos tratados en el precedente "**Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo**"⁶⁶, se declara incompetente, sin perjuicio de lo cual hace lugar a la medida cautelar, y ordena a la Provincia y Municipalidad demandadas, la provisión de alimentos suficientes para cubrir una dieta apropiada para los niños y la realización de los controles de salud que correspondieren.

De esta forma, el Tribunal vuelve a tomar medidas aun frente a su incompetencia, en tanto estima que, al mediar verosimilitud en el derecho y configurarse los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial, se impone resguardar los intereses en juego⁶⁷, más aun tratándose de una causa en la cual menores de edad se encuentran en riesgo de vida.

Es que la medida cautelar dictada por un juez que se declara incompetente no prorroga su competencia, toda vez que su dictado, se limita precisamente a evitar el peligro

⁶⁵ 11/07/2006,.Fallos 329:2759

⁶⁶ Ver punto 5 del presente apartado

⁶⁷ Fallos: 327:5556

en la demora que importa el itinerario de la causa hasta tanto se determine el juez competente⁶⁸.

En una causa sensible, cuyo resultado puede repercutir directamente sobre el derecho a la vida de los involucrados, resulta oportuna la intervención del tribunal aunque más lo sea por medio de una solución parcial y restringida en el tiempo.

I.8. R.A.D c/ Estado Nacional y otro s/sumarísimo (2007).⁶⁹

Los actores, en representación de su hija, incoaron demanda de amparo contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, ante la negativa de este organismo de dar curso al expediente administrativo por el cual se solicitaba la pensión por invalidez prevista en el art. 9° de la ley 13.478 y sus modificatorias, y plantearon la inconstitucionalidad del art. 1°, inc. e del decreto 432/97, reglamentario de la ley 13.478 y sus modificatorias, según el cual para el otorgamiento del beneficio pretendido, los extranjeros debían acreditar una residencia mínima continuada en el país de veinte años. Fundamento este último invocado en la negativa estatal a dar curso al expediente administrativo por el que se solicitaba la pensión.

Los actores señalaron que su hija era de nacionalidad boliviana, que obtuvo su radicación definitiva en la República Argentina en julio del año 2001 (ello como consecuencia de la radicación definitiva lograda por su padre) y que padecía incapacidad del ciento por ciento de carácter congénito, desde su nacimiento.

El caso llega a conocimiento de la Corte en virtud del recurso directo planteado por los padres de la menor, tras el rechazo de la acción en las instancias inferiores.

⁶⁸ TSJ, Auto N° 496 del 30/12/2014.

⁶⁹ 04/09/2007, Fallos 330:3853. Si bien el caso versa sobre el otorgamiento de una pensión por discapacidad, se consideró útil su inclusión en el presente trabajo pues en el mismo se hace referencia a la necesidad de carácter alimentaria que padecía la menor involucrada.

La CSJN, por mayoría, resolvió hacer lugar a la acción incoada. Entre sus fundamentos cabe destacar los siguientes:

- Control de constitucionalidad en base a los Tratados de Derechos Humanos incorporados por el art. 75, inc. 22.

La Corte considera que, dado los agravios formulados por la recurrente, resulta conveniente esclarecer el litigio en base a los tratados internacionales reconocidos en el art. 75. inc. 22 de la CN. Así, cita fragmentos de los artículos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias [...] de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia"), de la Declaración Universal de Derechos Humanos ("Toda persona [...] tiene asimismo derecho a los seguros en caso de [...] invalidez [...] y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad") y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Los Estados Partes [...] reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social"), todo ello en estrecha combinación con el derecho a la vida, según quedará expuesto en adelante...). (Considerando 3, del voto de los Dres. Fayt y Zaffaroni)

Continúa su análisis señalando que

"[...] los recaudos para acceder al beneficio [...] son muestra más que elocuente de que éste fue previsto para cubrir contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego, de manera palpable y potente, la 'subsistencia' misma de la persona humana, de una persona carente de recursos o amparo...". (Considerando 6, del voto de los Dres. Fayt y Zaffaroni)

Concluyó que:

"[...] por mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia, en el caso, de 20 años (aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos, incluso nativos), implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el

derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional" (considerando 7, del voto de los Dres. Fayt y Zaffaroni)

En el mismo sentido, los Dres. Petracchi y Argibay, en su voto, sostuvieron que:

"[...] la norma antes citada prevé un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado. Esta circunstancia determina que -ya en su sentido literal- el artículo 1º, inciso "e", del decreto 432/97 está directamente contrapuesto con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional (artículo 20 de la Constitución Nacional, artículo 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica, artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y, especialmente, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece, en lo pertinente: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley). A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de origen nacional". (Considerando 11).

Es decir, los magistrados de los votos citados propiciaron un análisis de convencionalidad de la norma tachada de inconstitucional, como modo de evaluar la violación o vulneración de los derechos incluidos en los Tratados de Derechos Humanos.

Este control judicial de convencionalidad se consideró procedente, más allá del reconocimiento de la discrecionalidad legislativa o administrativa, pues se priorizó la unidad del ordenamiento jurídico vigente.

Destacaron que los derechos involucrados eran los derechos de seguridad social, no vivienda o alimentación puntualmente.

-Operatividad de los derechos constitucionales.

La Corte analizó los límites a la potestad reglamentaria del legislador con relación a los derechos humanos. Sostuvo que:

"[...] la Constitución Nacional, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos **resulten efectivos y no ilusorios**, sobre todo si se encuentra en debate un derecho humano. Por ende, al reglamentar derechos de este tipo, el llamado a hacerlo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles toda la plenitud que le reconoce la Constitución Nacional, o sea, el texto supremo que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los

tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos." (considerando 8, del voto de los Dres. Fayt y Zaffaroni).

Si bien no se refiere de manera explícita el carácter de operativos de los derechos sociales, se aludió a que la reglamentación de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, no puede en modo alguno, tornarlos ilusorios. Por el contrario, los mismo son efectivos desde su inclusión en el bloque de constitucionalidad y las normas de derecho interno deben atender a su naturaleza.

- Presunción de inconstitucionalidad. Inversión de la carga de la prueba. Análisis de los criterios para la distribución de recursos y límites presupuestarios.

Los Dres. Petracchi y Argibay sostuvieron la inconstitucionalidad de la norma que exigía una residencia de 20 años en el país para la procedencia de la pensión, y afirmaron que tal requisito implicaba un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado. Esta circunstancia determinaba que el mencionado artículo estaba en contraposición con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional (arts. 20, CN; 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica, 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y especialmente 26 de Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

Alegaron que:

"[...] esa contradicción directa con el texto constitucional obliga a considerar a la categorización realizada por el decreto **como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad** [...] evaluación que implica una **inversión en la carga de la prueba**, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma (en este caso, el Estado Nacional) la que deberá realizar una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas

menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada." (del Considerando 11, el destacado me pertenece).

Asimismo, haciendo referencia a lo relativo al costo de los derechos humanos, agregaron que:

"[...] los límites presupuestarios que condicionarían la concesión de las pensiones [...] no puede en modo alguno justificar una clasificación por el origen nacional como la que el decreto contiene, ya que si bien es cierto que el Estado debe, en principio, atenerse al presupuesto que se destina a una cierta actividad o prestación pública, resulta evidente que no puede pretender alcanzar tales fines haciendo destinatarios exclusivos de los costos de tal restricción a los extranjeros radicados en el país, a quienes la Constitución ha invitado para que habiten en nuestro territorio (Preámbulo; artículo 25). En otras palabras: **las dificultades presupuestarias, si existen, no pueden discriminar** entre nacionales y extranjeros y afectar sólo a estos últimos." (del Considerando 12, el destacado no es del original).

-Escasez de recursos. Principios de desarrollo progresivo y disponibilidad de recursos en la interpretación de las normas DESC.

En su voto, el Dr. Maqueda manifestó que la exigencia de residencia en el país para el otorgamiento de la pensión no resulta violatoria de la Constitución Nacional.

Afirmó que:

"[...] el principio de igualdad formal y sustantiva y el principio de no discriminación debe ser interpretado teniendo presente que, en el caso de autos, se trata de la concesión de una prestación que integra la categoría de derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, las pensiones por invalidez, asistenciales o no contributivas, **dependen de fondos dispuestos por las distintas leyes de presupuesto, lo que determina que los recursos no son ilimitados y que la administración y asignación de los mismos requiere ponderar el equilibrio** de las prestaciones entre nacionales y extranjeros, para asegurar que las que se acuerden mantengan una relación de equidad en la satisfacción de los derechos fundamentales de los distintos colectivos que intenta proteger, en aras de los cuales el legislador puede imponer determinados requisitos no sólo de fondo sino de forma a los efectos de percibir el beneficio" (del considerando 11, destacado propio).

Refiere a los principios de "desarrollo progresivo" , "interés general" , "bien común" y "máximo de los recursos disponibles", como rectores en la interpretación de normas económicas, sociales y culturales -como la que considera en el caso- para justificar el trato diferenciado entre nacionales y extranjeros en la reglamentación de la norma.

Sin perjuicio de lo desarrollado, concluye que la norma en análisis es inconstitucional en tanto, si bien la exigencia de un plazo es un "requisito constitucionalmente válido para garantizar en términos de igualdad formal y sustantiva el acceso a la prestación asistencial", resulta irrazonable y desproporcionado.

En efecto, afirmó:

"[...] la exorbitancia del plazo convierte en ilusorio el derecho a la pensión en un tiempo oportuno y adecuado. No reúne los requisitos mínimos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad ni con la justificación en que es posible sustentar la diferencia entre naturalizados y extranjeros, conforme criterios y conceptos democráticamente aceptados, ni respecto a los fines que se persiguen al establecer el reconocimiento al derecho asistencial. La habilitación constitucional para establecer diferencias entre nacionales y extranjeros no releva al legislador de establecer requisitos razonables para unos y para otros de manera de no alterar el derecho que se pretende reconocer, para ello debe ponderar adecuadamente el sentido que da origen a las categorías y la relación sustancial entre ellas y los medios que elige para no desconocer el principio constitucional de igualdad. No está en discusión el criterio según el cual es constitucionalmente válido establecer no sólo el requisito de la residencia sino de que ésta cumpla un plazo determinado. Es la desproporcionalidad de la extensión del plazo lo que es inconstitucional" (del considerando 15).

El vocal citado evalúa la escasez de recursos al momento de dar efectividad a la normas que versan sobre derechos sociales, y sostiene que la misma es una circunstancia suficiente para que la reglamentación los restrinja. La inconstitucionalidad de la norma no derivaría entonces de tal circunstancia, sino de la exorbitancia del plazo previsto.

I.9- Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento (2007).⁷⁰

El Defensor del pueblo de la Nación promovió demanda contra el Estado Nacional y la Provincia del Chaco, con el fin de que se los condenara a adoptar las medidas que resultaran necesarias para modificar las condiciones de vida de los habitantes de una región de dicha provincia pertenecientes a la etnia Toba, quienes, según sostuvo, se encontraban

⁷⁰ 18/09/2007, Fallos: 330:4134

en una situación de emergencia extrema, con sus necesidades más básicas y elementales insatisfechas.

Afirmó que carecían de alimentos, acceso al agua potable, vivienda, atención médica necesaria, y que los demandados habían omitido llevar a cabo las acciones necesarias, tendientes a revertir esa grave situación.

Solicitó que se los condene a garantizar a dicha comunidad una real y efectiva calidad de vida digna, que les permitiera el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia medico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros.

La Corte Suprema de Justicia hizo lugar a la medida cautelar solicitada, y ordenó al Estado Nacional y la Provincia de Chaco el suministro de agua potable y alimentos a la mencionada comunidad. Asimismo, dispuso que los demandados elaboren informes respecto al estado de los habitantes de la región, presupuesto y programas destinados a salud, alimentos y de asistencia sanitaria.

Para así decidir, sostuvo que:

"[...] la gravedad y urgencia de los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del **control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado** y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional..." pues "... le corresponde al **Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento**, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. **No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial** cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados" (del considerando 3, voto de la mayoría. el destacado es propio).

El párrafo transcrito resulta revelador de la posición del Tribunal respecto al control judicial de las acciones del Estado. En el caso, la posición asumida claramente tiende a priorizar la efectividad de los derechos constitucionales por sobre la posible injerencia judicial. Dicho control, no resulta violatorio del principio de división de poderes, en tanto se

limite a garantizar la eficacia de los derechos y la evaluación de la políticas públicas existentes que desarrollan los poderes políticos.

I.10- Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (2012).⁷¹

La accionante, por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad -quien sufre una severa discapacidad- inició acción de amparo en contra del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Solicitó una solución que les permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose su integridad familiar. Aclaró que, en el caso de que decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por el decreto local aplicable no garantizaban adecuadamente sus derechos.

Sostuvo que la conducta ilegítima de la demandada violaba sus derechos a una vivienda digna, a la salud y dignidad reconocidos en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales.

El Tribunal de primera instancia hizo lugar al amparo incoado, y ordenó al Estado provincial, brindar a la actora un subsidio suficiente para acceder a una vivienda con las condiciones adecuadas a las necesidades del niño y su madre, hasta tanto cesare su estado de necesidad. La Cámara confirmó tal decisión.

La sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que adujo:

⁷¹ 24/04/2012, Fallos 335:452

"Según el PIDESC, los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los países signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. [...] Por último, el PIDESC impone a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos".

Así, afirmó que los Estados partes del mencionado Pacto sólo tienen obligación de garantizar el contenido mínimo del derecho a la vivienda y que el gobierno habría cumplido con su obligación a través de la implementación de un programa para personas en situación de calle que consistía en una red de albergues y paradores.

Contra este fallo, la parte actora dedujo recurso extraordinario federal, que denegado, dio lugar a la queja ante la CSJN.

Por mayoría, el Tribunal resolvió hacer lugar al amparo incoado, pues consideró que las alternativas implementadas por la ciudad no daban una respuesta adecuada a las extremas circunstancias del niño y su madre.

Para así resolver, la Corte desarrolló distintos argumentos, entre los que se destacan:

-"Operatividad derivada" de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y Tratados internacionales.

Luego de un repaso de las normas locales e internacionales aplicables al caso, el Tribunal, en el considerando 10 del voto mayoritario, afirmó:

"Que la primera característica de esos derechos y deberes es que **no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad**. Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarios no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe 'garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos' (Fallos: 327:3677; 332: 2043) y 'garantizar',

significa 'mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas', según indica en su Observación General nº 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (el destacado es propio).

A continuación la Corte introdujo la denominación "operatividad derivada", y explicó que:

"[...] este grado de operatividad significa que, en principio, **su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación**. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. **Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno. Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa**, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial" (del considerando 12, el destacado me pertenece).

El Dr. Petracchi en su voto también hizo referencia a la operatividad -o no- de los derechos humanos, y reconoció que resulta necesaria la actividad legislativa. Afirmó que:

"[...] la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano fundamental [...] el PIDESC también impone obligaciones a los Estados, de modo de evitar que sus previsiones se transformen en meras expresiones de deseos. [...] En tales condiciones, **el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad**" (del considerando 8, voto del Dr. Petracchi. el destacado no es del original).

Agregó que:

"Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas, esto es, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional y Fallos: 243:449 y 467:800; 313:1638; 330:855; 334:516, entre otros). Ello implica que el Estado debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas apropiadas y conducentes para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna. El diseño de las políticas públicas debe tener en cuenta las normas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico en su conjunto. En particular, tiene que respetar las prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población" (del considerando 8, voto Dr. Petracchi).

La operatividad derivada impone entonces, una obligación a cargo de los poderes estatales, consistente en otorgar a los derechos constitucionales un marco que permita su implementación⁷².

-Control judicial de razonabilidad.

En el considerando siguiente del voto de la mayoría, la Corte proclamó que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

Textualmente dijo:

"[...] hay una **garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos**. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. **Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces.**" (del Considerando 13, voto de la mayoría)

En el mismo sentido, el Dr. Petracchi sostuvo que el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad para decidir cual política resulta más adecuada, oportuna y eficiente a la hora de dar satisfacción al derecho de acceso a una vivienda digna.

Sentada tal premisa, y luego de un análisis de las constancias de la causa, concluyó que el Estado no cumplió su obligación de implementar "razonablemente" el derecho a una vivienda digna. Aseguró que:

"[...] la demandada no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social -como la actora y su hijo- tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las

⁷² Este tema ha sido desarrollado con mayor profundidad en el apartado II del Segundo Capítulo.

condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral. [...] Esta omisión inconstitucional resulta aún más grave si se advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son, precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad" (del considerando 15, voto del Dr. Petracchi).

Nuevamente se reconoció como necesario el control judicial de las políticas estatales, más aún cuando las mismas no demuestran satisfacer la necesidades elementales de los sujetos a quienes tiende a proteger.

-Escasez de recursos

Frente al argumento de la demandada referente a las limitaciones presupuestarias, y luego del análisis del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (por el cual el Comité DESC fijó una serie de pautas interpretativas⁷³) el Tribunal señaló que no se trata sólo de evaluar el precio del servicio, sino de meritar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades, de modo que "...la inversión que del estado debe ser adecuada lo que no depende únicamente del monto que éste destina sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible".

Referido a este tópico, el Dr. Petracchi agregó que si bien las carencias presupuestarias no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales, esto "...no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban

⁷³ Entre ellas se mencionan que la obligación estatal de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que se disponga no modifica el carácter inmediato de la obligación, pues que los recursos sean limitados no es una justificación para no adoptar medidas. Así señala que "aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes ... los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo" (punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos que disponga" de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1).

ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes." (del considerando 16, voto del Dr. Petracchi).

Ahora bien, es el Estado quien debe probar que ha realizado todo el esfuerzo por cumplir con sus deberes. Esta carga en cabeza del Estado responde a la presunción de inconstitucionalidad de su omisión y su mejor posición para probar, pues es quien produce la información presupuestaria.

Concluye que:

"[...] la ciudad de Buenos Aires no ha cumplido siquiera liminalmente con esa carga probatoria. No aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas y se limitó a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos económicos son escasos por naturaleza y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población [...] por el contrario, las medidas adoptadas por la demandada revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico. En efecto, la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, sólo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados" (de los considerandos 17 y 18, voto del Dr. Petracchi).

- Vivienda digna como base de acceso a otros derechos fundamentales

En el considerando 9, el Dr. Petracchi sostuvo que la falta de acceso a una vivienda adecuada produce la vulneración de otros derechos humanos por estar íntimamente relacionados. Afirmó que

"[...] un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida".

De este modo, se hace alusión a la interrelación e interdependencia existente entre los derechos, tal como lo manifiesta la FAO y la CIDH.⁷⁴

⁷⁴ Ver *supra* apartado III del segundo capítulo.

II. Cuadro comparativo de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia respecto a los derechos sociales de alimentación y vivienda digna.

AUTOS	HECHOS	RESOLUCIÓN DE LA CORTE	FUNDAMENTOS
Jorge Ernesto de Donato vs. Comisión Municipal de Vivienda	Recurso extraordinario del actor en contra de la resolución que rechazó la acción de amparo por mora presentada en contra de la Comisión Municipal de Vivienda.	Por mayoría, rechazó el recurso del actor	<ul style="list-style-type: none"> - Incumplimiento de los requisitos formales para la procedencia de la acción intentada. - Exclusión de la doctrina de arbitrariedad.
Jorge Arturo Guzman c. Comisión Municipal de Vivienda	Recurso extraordinario de la demandada en contra de la sentencia que había hecho lugar a la acción de amparo por mora iniciada por el actor, y había condenado a la Comisión Municipal de Vivienda a entregar una vivienda adecuada para su grupo familiar en calidad de comodato	Por mayoría, admitió el recurso de la demandada	<ul style="list-style-type: none"> -Exceso en la jurisdicción apelada. -Imposibilidad de control de actos estatales. Cuestiones ajenas a la jurisdicción. Resguardo de las instituciones.
Ramos, Marta Roxana y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo	Acción de amparo de la actora y sus hijos menores con el objeto de acceder a los derechos de alimentación sana, salud, educación y vivienda digna.	Por mayoría, rechazó la acción de amparo	<ul style="list-style-type: none"> -Incumplimiento de requisito formal. Falta de acreditación por parte de la actora de una denegatoria directa por parte de las autoridades. -Obligaciones cuyo origen son las relaciones de parentesco y subsidiariedad del Estado. -Incompetencia de la Corte para valorar situaciones de gobierno y asignación de recursos.
Quiñones, Amalia y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ ordinario	Demanda promovida por los habitantes de Villa "La Cava" afectados por la falta de vivienda, con el fin de que se adopten las medidas necesarias para solucionar en forma definitiva el problema habitacional que padecían.	Se declaró incompetente	-Rechazo <i>in limine</i> por cuestiones procesales.
Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo	Acción de amparo de la actora y sus dos hijos menores de edad que padecían un grave estado de desnutrición.	Se declaró incompetente pero hizo lugar a la cautelar solicitada.	<ul style="list-style-type: none"> -Inexistencia de requisitos que habilitaran la competencia originaria de la Corte. Cuestión procesal. -Suficientemente acreditado la verisimilitud del derecho y en especial, el peligro en la demora.

AUTOS	HECHOS	RESOLUCIÓN DE LA CORTE	FUNDAMENTOS
Uran, Roberto Elías y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo	Los actores, por derecho propio y en representación de sus 10 hijos menores de edad, promovieron acción de amparo para acceder a una vivienda digna y alimentación adecuada.	Se declaró incompetente	- Falta de prueba del reclamo realizado ante el Estado Nacional. Cuestión procesal.
Quiñone, Alberto Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ amparo	Acción de amparo del actor, en representación de sus 5 hijos menores que padecían un grave estado de desnutrición.	Se declaró incompetente pero hizo lugar a la cautelar solicitada.	-Remisión al precedente "Rodríguez, Karina..." -Inexistencia de requisitos que habilitaran la competencia originaria de la Corte. Cuestión procesal. -Suficientemente acreditado la verisimilitud del derecho y en especial, el peligro en la demora.
R.A.D c/ Estado Nacional y otro s/sumarísimo	Recurso directo de los actores, en representación de su hija menor y discapacitada. Solicitaban una pensión por invalidez y plantearon la inconstitucionalidad de una norma que exigía a los extranjeros acreditar una residencia mínima continuada en el país de veinte años.	Por mayoría, hace lugar al recurso articulado.	-Control de constitucionalidad en base a los Tratados de Derechos Humanos incorporados por el art. 75, inc. 22. -Operatividad de los derechos constitucionales. -Presunción de inconstitucionalidad. Inversión de la carga de la prueba. Análisis de los criterios para la distribución de recursos y límites presupuestarios.
Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento	El Defensor del pueblo de la Nación promovió demanda contra el Estado Nacional y la Provincia del Chaco, con el fin de que se los condenara a adoptar las medidas que resultaran necesarias para modificar las condiciones de vida de los habitantes de una región pertenecientes a la etnia Toba, quienes, se encontraban en una situación de emergencia extrema, con sus necesidades básicas insatisfechas.	Hizo lugar a la medida cautelar solicitada, y ordenó a los demandados el suministro de agua potable y alimentos. Dispuso la elaboración de informes respecto al estado de los habitantes de la región, presupuesto y programas destinados a salud, alimentos y de asistencia sanitaria.	- Control judicial de los actos de los otros poderes - Eficacia de los derechos constitucionales.

AUTOS	HECHOS	RESOLUCIÓN DE LA CORTE	FUNDAMENTOS
Recurso de hecho deduc. por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo	Recurso directo presentado por la accionante, por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad y discapacitado. Solicitaba acceso a una vivienda digna.	Se hizo lugar al recurso interpuesto por mayoría.	<ul style="list-style-type: none"> -Operatividad derivada de los derechos reconocidos en el art. 75 inc. 22. -Control judicial de razonabilidad de los actos estatales. -Insuficiencia del criterio de escasez de recursos para justificar incumplimiento. -Vivienda digna como base de acceso a otros derechos fundamentales

III. Análisis de los pronunciamientos de la CSJN. Criterios y posturas asumidas por el Tribunal.

En los apartados precedentes describimos los distintos casos relacionados con los derechos sociales de alimentación y vivienda digna en los cuales la Corte Suprema de Justicia ha intervenido. A partir de un análisis de los mismos, en este título procuraremos identificar cuáles son las tendencias o criterios comunes en los pronunciamientos, y en la forma que el Alto Cuerpo resuelve los casos sometidos a su consideración vinculados a estas temáticas. Asimismo, si el Máximo Tribunal deja plasmado algún lineamiento respecto de cuál debe ser el rol del Poder Judicial en estos casos.

A tal fin, y con un propósito estrictamente de orden metodológico, dividiremos el accionar del órgano jurisdiccional en tres etapas, sobre la base del momento histórico, el tipo de resolución y los argumentos utilizados.

1) RECHAZO DE LA PRETENSIÓN ("Jorge Ernesto de Donato vs. Comisión Municipal de Vivienda", "Jorge Arturo Guzman c. Comisión Municipal de Vivienda" y "Ramos, Marta Roxana y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo")

En los primeros casos reseñados, coincidentes con las primeras intervenciones del Tribunal en la temática estudiada, las resoluciones analizadas desestimaban los planteos efectuados por los actores o bien revertían los pronunciamientos de las instancias inferiores que daban razón a sus reclamos.

Entre los fundamentos de los fallos se destacaba la imposibilidad de control judicial de los actos estatales. Se hacía especial hincapié en la importancia de no asumir facultades ajenas a su competencia, sobre la base del principio de división de poderes, y en el respeto de la facultades discrecionales de los mismos, en particular, respecto a la asignación de recursos.

Se consideraba que la selección e implementación de políticas tendientes a satisfacer demandas relacionadas a los derechos de índole social, permanecían bajo la órbita exclusiva de los poderes políticos y estaban exentas de control por parte de la magistratura.

Por otra parte, se aludía al incumplimiento de los requisitos formales necesarios de acceso a la jurisdicción, de acuerdo a la acción seleccionada por los actores.

Se refería a la necesidad de cumplimentar acabadamente los requisitos establecidos legalmente, con independencia del derecho que se pretendía, tal como aconteció en los casos planteados contra la Comisión Municipal de Vivienda.

En el caso "Ramos, Roxana...", la mayoría de la Corte efectuó una consideración puntual respecto a la incompetencia del Tribunal para resolver cuestiones vinculadas a la distribución de recursos.

Asimismo, se puso en cabeza de los accionantes la obligación de arrimar las pruebas necesarias del cumplimiento de tales exigencias, como por ejemplo, la inexistencia de programas estatales que dieran satisfacción a lo pretendido.

Este criterio, fue revertido con posterioridad por la propia Corte, tras considerar que quien se encuentra en mejores condiciones de arrimar este tipo de datos, suele ser la demandada por contar con el acceso suficiente a la información de sus planes y la implementación de los mismos.

Finalmente, cabe mencionar que en los tres casos analizados, los pronunciamientos fueron dictados en mayoría y no por unanimidad.

Los votos minoritarios son coincidentes en los tres fallos, y estaban basados en la necesidad de dotar de efectividad a los derechos constitucionales que se reclamaban. Así, aun en los dos primeros pronunciamientos que datan del año 1986 -cuando no había tenido lugar la reforma constitucional por la que se incorporaron los tratados de derechos humanos- estos votos en disidencia ponían el acento en el incumplimiento estatal de los derechos consagrados en ese momento en el art. 14 bis.

El voto en minoría del caso "Ramos, Roxana...", además hacía hincapié en la efectiva vigencia del derecho a la vivienda y en la situación de desamparo y carencia social de la accionante y su grupo familiar.

A modo de cierre, puede decirse que en esta primera etapa el Alto Cuerpo consideraba que no correspondía al Poder Judicial intervenir en los casos vinculados a la satisfacción de los derechos de alimentación y vivienda por tratarse de cuestiones ajenas a su jurisdicción y delegadas a los restantes poderes estatales. Se establecía no sólo la imposibilidad de la asignación de recursos por su parte sino que tampoco eran susceptibles de control judicial los actos de administración destinados a ese fin.

2) DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA ("Quiñones, Amalia y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ ordinario", " Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo", "Quiñone, Alberto Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ amparo" y "Uran, Roberto Elías y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo")

Siguiendo en la línea del tiempo, con posterioridad el Máximo Tribunal en sucesivas ocasiones, optó por declararse incompetente para la resolución de este tipo de conflictos. Lo hizo, en general, en base a considerar incumplidos los requisitos que habilitan su intervención. Es decir, mediante un análisis netamente procesal y sin entrar al estudio de la cuestión de fondo.

Sin perjuicio de tal afirmación general, resulta necesario contraponer dos posturas distintas frente a la declaración de incompetencia.

Es que, en dos de los supuestos, la Corte optó por declarar simplemente que el caso no correspondía a su jurisdicción, incluso en situaciones en las cuales podría ser controvertido -tal como la falta de prueba del reclamo realizado ante el Estado Nacional en el caso de "Uran, Roberto..."- y a pesar de la gravedad de la situación planteada y los derechos que se alegaban vulnerados -"Quiñones, Amalia..."-.

Sin embargo, en las otras dos ocasiones, y aun frente a su declaración de incompetencia, la Corte hizo uso de las facultades que le permiten salvaguardar los derechos que se presumen incumplidos. Alegando un suficientemente acreditado peligro en la demora (dado el estado de desnutrición y falta de controles médicos a los niños involucrados) el Tribunal decidió poner en funcionamiento las atribuciones que le permiten resguardar a las personas y efectivizar sus derechos fundamentales en los casos "Rodríguez, Karina..." y "Quiñone, Alberto...".

En los dos últimos casos mencionados se dispuso proteger a los menores de edad involucrados, mediante el requerimiento a las autoridades competentes de acciones destinadas a satisfacer las pretensiones de la demanda, relacionadas con la posibilidad de acceder a una alimentación suficiente y los controles sanitarios correspondientes. Cabe destacar que en ambos, el derecho involucrado y resguardado mediante la cautelar, era el de alimentación y no el de vivienda.

De lo descripto surge que, en esta segunda etapa, el Alto Cuerpo puso el acento en el cumplimiento de los requisitos de forma que habilitan su intervención, con independencia del tipo de reclamo o los derechos que se decían vulnerados. Se evita así, entrar al análisis de la cuestión de fondo. No se deja en claro cuál es el rol que cabe asignar al Poder Judicial en este tipo de conflictos, si existe la posibilidad de control de los actos administrativos que los involucran y cómo puede garantizarse la efectividad de los derechos de alimentación y vivienda.

Nótese que los cuatro fallos analizados en el presente apartado datan del año 2006, fecha a la cual habían transcurrido doce años desde la reforma constitucional y la jerarquización de los Tratados Internacionales que involucran derechos sociales.

Sin embargo, tal como describimos, en dos de los fallos se da un paso más allá -aun provisionalmente- buscando asegurar la efectividad de los derechos constitucionales involucrados y evitar situaciones que pusieran en riesgo la vida de los involucrados.

3) ACOGIMIENTO DE LA PRETENSIÓN ("R.A.D c/ Estado Nacional y otro s/sumarísimo", "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento" y "Recurso de hecho deduc. por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo")

Por último, es posible advertir un cambio en la postura asumida en los tres últimos precedentes analizados, en los cuales las resoluciones admiten los reclamos efectuados.

Fundados en la eficacia de los derechos reconocidos a nivel constitucional y su operatividad (u operatividad derivada), en la necesidad de efectuar un control de convencionalidad de las normas internas y en la importancia del control judicial de los actos estatales, los pronunciamientos de la Corte a partir del año 2007 han priorizado el acceso a los derechos fundamentales que se encontraban vulnerados.

Es posible advertir que, la posición del Alto Cuerpo respecto al control judicial de las acciones estatales, buscó priorizar la efectividad de los derechos constitucionales por sobre el argumento de la posible injerencia judicial.

Surge de los precedentes que, el rol del juez en este tipo de casos no está destinado a determinar qué plan concreto debe desarrollar el gobierno, sino a controlar si el mismo cumple con lo establecido en la Carta Magna. De este modo se salvaguarda el principio de división de poderes, en tanto se limita a garantizar la eficacia de los derechos y la evaluación de los métodos que desarrollan los poderes políticos. El Tribunal realiza un control de legalidad amplio o juridicidad y lo que podemos denominar un control de funcionalidad o eficiencia.

Si bien no es posible sostener que esta postura pueda mantenerse a lo largo del tiempo, es importante poner de manifiesto el cambio de criterio realizado por el Tribunal.

Es que resulta posible advertir una especie de evolución en las consideraciones que se realizan en sus resoluciones, en la cuales parecen influir los nuevos paradigmas de control judicial de los actos de gobierno, como asimismo la necesidad de dotar de efectividad a los derechos fundamentales.

Con citas de organismos internacionales, la Corte considera relevante cotejar las normas de derecho interno con aquellas reconocidas en los Tratados Internacionales y a las cuales nuestro sistema ha incorporado a partir de 1994.

Asimismo, el control judicial deja de ser visto como una injerencia indebida del Poder Judicial para convertirse en una herramienta que posibilita poner en marcha la institucionalidad.

La cuestión presupuestaria y los recursos disponibles, si bien dignos de ser tenidos en consideración, no son motivo suficiente para el incumplimiento o vulneración de los derechos de vivienda y alimentación.

Así, en esta última etapa, el Tribunal considera que el Poder Judicial debe constituirse en garante del cumplimiento de los derechos analizados, en tanto las acciones estatales no sean propicias para dar efectividad a los mismos. Su rol no pasa por determinar la política adecuada, sino en controlar que sean adecuadas para su fin.

CAPÍTULO IV

DERECHOS SOCIALES Y PODER JUDICIAL: REFLEXIONES Y RESPUESTAS POSIBLES.

En este capítulo, y más allá de la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, realizaremos el análisis de algunas de las respuestas que se han dado a la problemática estudiada en el presente trabajo.

Analizaremos criterios como el piso mínimo, la escasez de recursos y la posibilidad de control judicial de las facultades discrecionales como posibles respuestas al rol que cabe asignar al juez en los conflictos que involucran derechos de índole social.

1. El piso mínimo como respuesta razonable a la problemática de los derechos sociales.

Se han elaborado numerosas definiciones respecto al "contenido" de lo razonable, sin perjuicio de lo cual continúa siendo un concepto abstracto cuyo contenido queda librado al prudente arbitrio judicial.

Sin embargo, y sin intención de realizar un abordaje profundo y exhaustivo de la temática, podemos reconocer que se han esbozado una serie de criterios que procuran dar a este parámetro de razonabilidad, una definición dotada de cierta objetividad.

Una de las respuestas que se ha dado, es la idea de "piso mínimo" o "mínimo existencial", determinado por el límite por debajo del cual no se puede pensar la existencia de una persona en dignidad.

Esta asociación, surge de la interpretación respecto a qué es lo exigible al Estado para considerar que sus acciones dan cumplimiento a lo prescrito en las normas relativas a los derechos, principalmente sociales.

Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su "Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes"⁷⁵ señala:

"Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas" (el destacado es propio).

Esta *obligación mínima* es exigible a la Administración y si ella no lo atiende, al Poder Judicial. Es decir, hay un contenido mínimo de los derechos sociales bajo el cual hay consenso de que la dignidad de la persona fue violada. Comprende un conjunto de prestaciones mínimas de salud, alimentación, educación, vivienda al cual todos los ciudadanos tienen derecho, independientemente de la previsión legal, pues son condiciones sin las cuales no puede ejercer el resto de los derechos (derechos de libertad o civiles y políticos)⁷⁶.

⁷⁵ <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes>

⁷⁶ WUNDER HACHEM, Daniel; *Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión*, Estudios Constitucionales (2014). Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82031373006>, ISSN 0718-0195 [Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2017]

De acuerdo a esta elaboración, el control por parte del Poder Judicial, frente a la supuesta vulneración de un derecho social, consistiría en evaluar si las políticas públicas elaboradas por los restantes poderes estatales respetan ese mínimo existencial por debajo del cual no es posible concebir la existencia humana.

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán aplica como criterio lo que se denomina *reserva de lo posible*, una construcción jurisprudencial según la cual la asignación de los recursos financieros y la determinación de las prioridades, en un Estado democrático y bajo el principio de separación de poderes, corresponde al legislador. Sobre esta base, no debe intervenir el Poder Judicial, salvo cuando se afecta el piso mínimo de subsistencia. Es decir, el margen de discrecionalidad del legislador no se aplica frente a derechos existentes y exigibles ligados a la dignidad humana⁷⁷.

En uno de los precedentes del Tribunal Constitucional alemán que alude a la cuestión, se afirma que los ciudadanos tienen derecho a los presupuestos materiales indispensables a su existencia física y a un mínimo de participación en la vida social y política, porque el ser humano, como persona, está necesariamente inmerso en las relaciones sociales. Sin embargo, aclara, que este *mínimo* debe corresponder al nivel de desarrollo de la comunidad y de las condiciones de vida existentes, sujetos a una actualización continua⁷⁸.

⁷⁷ GAIER, Reinhard; *Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível*. II Seminário Internacional Brasil-Alemania (Florianópolis/SC). Centro de Estudios Judiciales (CEJ) del Consejo de la Justicia Federal (CJF), Brasília. Serie Cuadernos CEJ (27), citado por PERLINGEIRO, Ricardo; *¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales?*, Estudios Socio-Jurídicos (2012), en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=244174 [Fecha de consulta: 25/07/2015]

⁷⁸ Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), 2010, citado por PERLINGEIRO, Ricardo; op. cit. En el mismo sentido el Tribunal alemán sostuvo: "Se sabe que las subvenciones para quienes requieren de asistencia, hacen parte de los deberes inherentes a un Estado social (véase BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 20 Z [236]). Esto incluye necesariamente la asistencia social para los conciudadanos que, debido a una incapacidad física o intelectual, se encuentran impedidos o no están en condiciones para mantenerse a sí mismos. **La comunidad estatal debe asegurarles en todo caso los presupuestos mínimos para una existencia digna** y preocuparse de insertarlos en la medida de lo posible en la sociedad, de promover su debido cuidado en la familia o por parte de terceros, así como de crear los establecimientos que se requieran para su asistencia. Naturalmente, este deber de

Entonces, la alusión a un piso mínimo en materia de derechos sociales implica el punto de inflexión por debajo del cual no es posible alegar razones de su incumplimiento.

La violación de este mínimo existencial traería aparejado la intervención del Poder Judicial en cuestiones otrora ajenas a su intervención.

Sesin sostiene que, si bien es cierto que la problemática de los derechos sociales

"...compete en forma primigenia al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo en cuanto a su regulación e implementación [...] si en situaciones extremas no se satisfacen los estándares mínimos, la justicia debe intervenir en el marco de la materialización efectiva del Estado social y democrático de derecho"⁷⁹.

Sin embargo, existen cuestionamientos a esta postura, que se asientan en la consideración de que las normas constitucionales no lo disponen ni señalan. Por el contrario, de la letra de la ley no se desprende la existencia de un piso mínimo por encima del cual los derechos vulnerados no serían exigibles frente al Poder Judicial. Asimismo, se afirma que la universalidad de los derechos sociales no permite diferenciación entre sus destinatarios, de modo que sostener el carácter operativo de los mismos sólo respecto de

protección general no puede terminar a una determinada edad; más aún, debe corresponder a los requerimientos existentes de una asistencia social. Sin embargo, existen muchas posibilidades para desarrollar la protección ordenada. Cae dentro de la potestad reglamentaria del legislador, la determinación de la vía más adecuada, especialmente la de elegir dentro de las diferentes formas de asistencia financiera para el sustento y cuidado de los discapacitados y de establecer quiénes se encuentran legitimados para recibirla. **Así mismo, tiene que decidir, en tanto que no se trate de los señalados presupuestos mínimos**, en qué medida se puede y se debe garantizar la asistencia social, atendiendo a los medios con que se cuenta y al deber de cumplir con otras funciones estatales de igual rango". **Sentencia de la Primera Sala, del 18 de junio, 1975 –1 BvL 4/74–**, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Traducción Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, 2009. Disponible en www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf [fecha de consulta 20/11/2017].

⁷⁹ SESIN, Domingo J., *Cómo controlar...*; op. cit., pág. 73. El autor explica que el Estado social y democrático presupone, entre otros, como requisitos indispensables: la separación de poderes, el imperio de la ley como expresión de la soberanía popular y la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

aquellas personas que se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad, resulta violatorio del marco constitucional de nuestro sistema⁸⁰.

Además, se señala que la existencia de un núcleo mínimo plantea la dificultad de definirlo -y cuáles sería los parámetros adecuados para hacerlo- y se convertiría en una excusa estatal para no avanzar más allá de ese mínimo exigible⁸¹.

La Corte Suprema de Justicia, en materia de derechos sociales, ha hecho suya esta solución del mínimo existencial, relacionando el concepto de racionalidad con la existencia de un piso mínimo, cuya afectación no puede permitirse *so pretexto* del ejercicio de las facultades discrecionales de los restantes poderes estatales.

Esto significa que, cuando se acredite la afectación de una garantía constitucional que implique una amenaza para la existencia de la persona, el control de razonabilidad judicial se habilita sobre aquellas facultades en principio excluidas del campo de la magistratura.

Este desarrollo se condice con la fundamentación desarrollada por el voto de la mayoría de la Corte Suprema en el precedente "Q.C.", en el cual resolvió que el accionar de los poderes públicos se encontraba en violación de los postulados básicos de derechos humanos, al no poder imaginar "un estado más desesperante que un niño discapacitado, con una madre en situación de calle".⁸²

En el mismo voto, postula el Tribunal que"

"corresponde señalar que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad".

⁸⁰ En este sentido, ETCHICHURY, Horacio Javier; *Un techo razonable: el derecho a la vivienda en un fallo de la Corte Suprema Argentina*, Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2 (2013), en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82029345020> [Fecha de consulta 28/07/2015].

⁸¹ ETCHICHURY, Horacio, La igualdad..., op. cit.

⁸² Voto de la mayoría, Fallos: 335:452.

Tal como sostiene la propia Corte, esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces.

2. Discrecionalidad de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en materias de derechos económicos, sociales y culturales. El Estado de Derecho y la división de poderes como límites a la intervención del Poder Judicial.

2.a. Breves consideraciones en torno al principio de división de poderes.

Sabido es que nuestra Constitución se enmarca en el régimen republicano de gobierno, cuyos antecedentes se remontan a la *polis* griega y a la organización republicana de Roma, aunque es recién en la última etapa del Renacimiento cuando se comienzan a gestar ciudades organizadas en función de los principios republicanos.

Durante el movimiento cultural, político e ideológico de la Ilustración, se sientan las bases políticas de nuestras sociedades modernas, a través del desarrollo de autores como Locke que comienzan a hablar de división de poderes y separación entre Estado e Iglesia. Dicha línea de pensamiento sería retomada luego por filósofos franceses, tales como Montesquieu, Rosseau, Voltaire o Sieyes⁸³.

Sin embargo, y a pesar de la enorme labor doctrinaria desarrollada por los nombrados pensadores, el abandono del Absolutismo y el nacimiento del Estado de Derecho pueden recién visualizarse con claridad a fines del siglo XVIII, a través de dos hitos históricos como lo fueron la independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa. Durante tales

⁸³ BERNAL, Marcelo; "El Régimen Republicano", en HERNÁNDEZ, Antonio María (Director), Derecho Constitucional, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2012, págs. 1097-1126.

acontecimientos comienza a gestarse la idea de un Estado sujeto a la ley, un orden social y el resguardo de los derechos más fundamentales para los ciudadanos⁸⁴.

Ejemplo de lo dicho, es el dictado de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y Ciudadano* (emergente de la Revolución Francesa), en la cual se refiere a la necesidad de existencia de garantías tendientes al cumplimiento de los derechos y un régimen de gobierno en el que se manifieste la separación de poderes.

En nuestro país, estos principios tendrían recepción recién en el año 1853, con el dictado de nuestra primera Carta Magna, por la cual se adopta la forma *representativa, republicana y federal*, fórmula que se mantiene hasta nuestros días.

En lo que atañe al presente trabajo, corresponde señalar que la idea de república implica la existencia de división entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y por consiguiente de las funciones de administrar, legislar y juzgar.⁸⁵

A su vez, por división de poderes se entiende "...a la teoría política que propone la necesidad de evitar la concentración del poder público en una sola persona u órgano, propugnando su canalización por medio de instituciones objetivas que se especialicen funcionalmente y se controlen recíprocamente."⁸⁶

En otras palabras, puede decirse que el sentido que subyace a la idea de separación de poderes se encuentra en evitar la unidad en el ejercicio del poder, de modo de generar un espacio de respeto de los derechos y garantías a través del concepto de gobierno limitado.

Asimismo, el sistema de frenos y contrapesos que pretende resguardar la división de poderes, tiene por objeto separar el poder confiriendo las funciones estatales a distintos

⁸⁴ BERNAL, Marcelo; op. cit.

⁸⁵ ALFONSÍN, Raúl; Fundamentos de la República Democrática, Eudeba, 2006, citado por BERNAL, Marcelo; op. cit.

⁸⁶ ROSATTI, Horacio; Tratado de Derecho Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.

órganos que se controlan y autolimitan recíprocamente. Según Domingo J. Sesin, aun cuando las normas constitucionales siguen respetando el lenguaje tradicional de división de poderes, sería más correcto referirse a división de funciones pues el poder es uno sólo.⁸⁷

Es posible advertir que, de acuerdo al diseño institucional de las democracias occidentales, los poderes encargados de cumplir con las obligaciones que se desprenden de la mayoría de los derechos son, primariamente, los denominados poderes políticos, es decir, la Administración y la Legislatura. Esto vale tanto para los derechos civiles como para los derechos sociales: a estos poderes les corresponde la regulación normativa y la actuación administrativa destinada a velar por la efectividad de derechos. Al Poder Judicial le corresponde un papel subsidiario: actuar cuando los demás poderes incumplan con las obligaciones a su cargo⁸⁸.

Es decir, el diseño de las políticas públicas mediante las cuales se busca dar satisfacción y plena vigencia a los derechos consagrados constitucionalmente, recae principalmente en cabeza de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Estos serían los encargados de seleccionar la alternativa de acción que mejor se adecúe a los valores en juego, debiendo conciliar en su seno los diversos intereses que subyacen en todo entramado social.

El rol del Poder Judicial se limitaría entonces, al control de tales medidas y su adecuación a los requerimientos legales y constitucionales.

Sin embargo, no es posible establecer con claridad cuáles son los momentos y supuestos precisos que habilitan la intervención judicial, como asimismo, los límites respecto

⁸⁷ SESIN, Domingo J.; El derecho administrativo en reflexión, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2011.

⁸⁸ ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christián; "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", op. cit.

de esa actuación. Por el contrario, existen zonas en las cuales no hay consenso respecto a qué debe controlarse y cómo debe darse tal control.

Esto ocurre respecto de las denominadas facultades discrecionales de los poderes estatales y las cuestiones políticas, pues implican establecer el equilibrio entre una administración controlada y un poder judicial activo pero no invasor.

Es que, con razón se afirma que "...una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a *juridizar* la política, sino a politizar la justicia".⁸⁹

Asimismo, negar la posibilidad absoluta de intervención judicial en supuestos en los cuales existen derechos que se presumen vulnerados, implicaría dotar a los restantes poderes de una inmunidad violatoria de la Constitución.

Tal como afirma Comadira,

"[...] se trata, sin duda, de una cuestión en la cual es necesario procurar un delicado equilibrio, porque para la república es, a mi juicio, tan pernicioso, consagrar la irreversibilidad de la discrecionalidad administrativa, como su control sustitutivo por la Justicia. Tan grave es, pues, una administración incontrolada como una justicia politizada".⁹⁰

Sin dudas es un tema delicado que exige un equilibrio y un esfuerzo consiente por parte de aquellos que integran el Poder Judicial.

A continuación se expondrá qué se entiende por facultades discrecionales, las elaboraciones doctrinarias que a su respecto se han elaborado y cuál es la propuesta respecto del accionar de la magistratura.

⁸⁹ SESIN, Domingo J.; El derecho administrativo..., op. cit., pág. 163.

⁹⁰ COMADIRA, Julio Rodolfo, Control Judicial de la Actividad discrecional de la Administración Pública en Derecho Administrativo, Foro de Abogados de San Juan, Instituto de Derecho Administrativo, San Juan, 1998, pág. 38.

2.b. ¿Qué entendemos por facultades discrecionales?

Siguiendo a Domingo J. Sesin, la discrecionalidad puede definirse como:

"Una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho".⁹¹

Explica el autor que, el control judicial debe revisar si la actuación discrecional ha sido ejercida efectivamente dentro del marco del ordenamiento jurídico en el cual se desarrolla. Así, como principio general, cuando el juez controla la razonabilidad de una política pública legislativa o administrativa que refiere a un derecho económico o social, no puede sustituir a los otros poderes cuando ellos han ejercido una porción de su accionar discrecional.

De este modo, sobre la base del principio de separación de poderes, el autor citado refiere que cuando el juez controla el ejercicio de la discrecionalidad no debe revalorar o ponderar una elección ya realizada, pues ello implicaría "administrar", "sustituir" al órgano competente y vulnerar la división de poderes.

En síntesis, según el autor referenciado, "...el control judicial implica fiscalizar una ponderación y una elección ya realizadas, por lo que debe respetar el poder exclusivo de valoración otorgado a la Administración y sólo controlar cuando se sobrepasen los límites del mismo"⁹².

Ricardo Haro sostiene que:

"la discrecionalidad y el arbitrio propio de los actos estatales, no son otra cosa que un margen o ámbito de libre disposición, dentro del marco jurídico y según pautas axiológicas que hacen a la necesidad, oportunidad, conveniencia y eficacia de la decisión que se vaya a tomar. La valoración de estas pautas -esto lo consideramos muy importante- constituyen una zona de reserva política en la cual, el gobernante buscará prudentemente, la mejor solución entre muchas alternativas. Esta libre disposición dentro del marco normativo, es lo no justiciable, porque es el aspecto verdaderamente "político" en la actuación del órgano."⁹³

⁹¹ SESIN, Domingo J.; Cómo controlar..., op. cit., p. 76.

⁹² SESIN, Domingo J.; El derecho administrativo..., op. cit., pág. 196.

⁹³ HARO, Ricardo; *Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la doctrina de la Corte Suprema*, La Ley Sup. Const. (noviembre 2014), Cita Online:

Agrega, recordando a Linares Quintana, que lo que escapa a la competencia del Poder Judicial, es exclusivamente la revisión del juicio de valor de sustancia política, pero **en manera alguna las proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales, cuyo amparo es misión específica de los tribunales de justicia.**

Con especial referencia a los casos que las facultades discrecionales se vinculan a la elaboración de políticas públicas para dar satisfacción a los derechos sociales, se sostiene que, cuando nos encontramos frente a este tipo de facultades,

"los jueces, respetando el principio de libertad de configuración del legislador y las elecciones concretas en materia de políticas públicas, se limiten a juzgar si el gobierno ha adoptado medidas para la satisfacción de los derechos sociales básicos y si tales medidas resultan adecuadas para alcanzar dicha finalidad; tomando intervención en aquellos supuestos donde se ha acreditado que la actividad desplegada por los poderes políticos no resulta idónea para impedir que las personas vean seriamente comprometido su derecho a un mínimo vital y para asegurarles una existencia compatible con la dignidad de todo ser humano. Como puede verse, lo que se propone es que el Poder Judicial se ciña a un control de razonabilidad de los actos de los poderes ejecutivo y legislativo en el desarrollo de las políticas públicas vinculadas con los derechos sociales básicos".⁹⁴

De este modo, la discrecionalidad constituye, en definitiva,

"la libertad que la norma atributiva de competencia otorga al órgano estatal para adoptar determinada decisión o conducta. Esta libertad, por supuesto, debe ser siempre ejercida respetando el principio de razonabilidad, es decir en forma justa y manteniendo una relación de adecuación, proporcionalidad y/o necesidad con los fines normativamente perseguidos y los hechos que le sirven de causa".⁹⁵

Se advierte así una especie de consenso respecto a la existencia de un marco de libertad en el cual se desarrolla al menos una porción de la actividad de gobierno, como también que el Poder Judicial debe revisar los actos que en el marco de la discrecionalidad llevan adelante los restantes poderes estatales.

AR/DOC/3692/2014

⁹⁴ DIDIER, María Marta; *La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un imperativo del principio de igualdad*, Revista Persona y Derecho (octubre 2015), Nro. 66, págs. 81-107. Disponible en: <<https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/3117>>. [Fecha de acceso: 30/11/2017]

⁹⁵ ALONSO REGUEIRA, Enrique M.; *El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, mayo de 2013, Id SAIJ: DACF130093, publicado en www.infojus.gov.ar [fecha de consulta: 30/11/2017]

La cuestión radica entonces en determinar si los límites a ese control pueden ser objetivamente estipulados o bien se requiere de su ponderación concreta frente al caso particular, mediante la articulación del principio de separación de poderes y la necesaria custodia del ordenamiento jurídico, partiendo de la Constitución Nacional y los Tratados internacionales.

Así, se contraponen valores que oscilan entre visualizar el control judicial como parte de la tutela efectiva de los derechos o como susceptible de impedir o dificultar la realización de los fines económicos y sociales que persigue la Administración, en beneficio de los ciudadanos.

Compartimos la opinión del profesor Juan Carlos Cassagne, en tanto postula que si la discrecionalidad no fuera una actividad jurídica, una consecuencia que se desprendería de esa premisa implicaría sustraer tal actividad del control judicial o, al menos, reducirlo a su mínima expresión, lo cual, en su interpretación extrema, constituye una tesis incompatible con el Estado de Derecho. Agrega que:

"la función de juzgar a la Administración que compete a los jueces es plena en el sentido de que no puede haber actos de la Administración que escapen a su control, aún los de naturaleza política. De lo contrario, la balanza de poderes se inclinaría a favor del Ejecutivo al ejercer una porción del poder con franquía absoluta, exenta de control judicial. Resulta evidente, por cierto, que una posición institucional de tal naturaleza no enfrentaría obstáculo alguno para dictar actos arbitrarios en detrimento de la libertad y demás derechos de los ciudadanos".⁹⁶

Es oportuno traer a colación la Opinión General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁷, que establece que la obligación de adoptar medidas de orden interno para dar plena efectividad a los derechos establecidos en el PIDESC, contenida en el art. 2.1 del Pacto, debe hacerse conforme dos principios:

⁹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos; *La discrecionalidad administrativa*, publicado en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf [fecha de consulta: 28/11/2017]

⁹⁷ <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-9-aplicacion-interna-del-pacto>

"a) la obligación de los Estados de modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte, y b) el derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

De este modo, el Comité establece la fuerte presunción respecto a que la falta de recursos judiciales adecuados, que permitan hacer justiciables estos derechos, constituye una violación autónoma del Pacto.

Ahora bien, los recursos judiciales previstos debieran procurar la posibilidad de revisión de los actos estatales que afectan el derecho que se dice vulnerado, más allá del tipo de medidas de gobierno ejercidas en su desarrollo. De lo contrario, dejaría de constituir una herramienta o garantía de protección para convertirse en una simple estipulación vacía de contenido.

Por otra parte, resulta necesario apuntar que el carácter discrecional, político, justiciable o no justiciable de los actos estatales, no ha sido ni es una cuestión sencilla de determinar. Por el contrario, la concepción de ellos ha ido variando a través del tiempo y de acuerdo a la evolución doctrinaria y jurisprudencial.

En esta línea, Abramovich y Courtis sostienen que no existen teorías absolutas acerca del carácter "político" o "técnico" de una cuestión, de modo que la línea divisora entre estas cuestiones y las cabalmente "jurídicas" es una frontera movediza. Así, durante mucho tiempo, se negó a la revisión constitucional de las denominadas "cuestiones políticas no justiciables", cuyo contenido, sin embargo, fue variando cualitativamente⁹⁸.

⁹⁸ ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Cristián; "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", op. cit.

2.c. La Corte Suprema de Justicia, las facultades discrecionales, división de poderes y control judicial de las políticas públicas de satisfacción de derechos.

Las cuestiones vinculadas al principio de división de poderes, respeto de la institucionalidad, las cuestiones políticas y las facultades discrecionales de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, no han sido ajenos en las consideraciones del máximo Tribunal nacional.

Por el contrario, desde antaño la CSJN debió enfrentarse a tales conceptos para tratar de determinar su contenido, implicancias e influencias en sus límites de actuación.

Es de advertir que, tal como señaláramos en el final del apartado anterior, dichas cuestiones distan de ser pacíficas y estancas a lo largo del tiempo, y se han modificado en distintas épocas y conforme las diversas integraciones del Tribunal.

A continuación, expondremos algunos extractos de fallos de la Corte Suprema de Justicia que hacen referencia a la temática, para luego centrarnos en cómo tales pautas se han aplicado en materia de derechos sociales, específicamente los referentes a vivienda y alimentación.

Con relación al control que ejerce el Poder Judicial sobre los restantes poderes estatales, el principio de separación de poderes y su aplicación, y la existencia de zonas de reserva, podemos citar:

- "Es del resorte de la Corte Suprema juzgar la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes y la excedencia de atribuciones en la que éstos puedan incurrir. El accionar de los tres poderes es armónico y coordinado, y teniendo cada uno de ellos atribuciones exclusivas, tiene a su vez relaciones con los otros, a los que asiste, complementa y controla" (Voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor en "Nicosia", Fallos: 316:2940).

- "La esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución Nacional. Ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas." (Disidencia parcial del Dr. Carlos S. Fayt en "Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)", Fallos: 322: 842).

- "El principio de separación de poderes y el necesario respeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales que su competencia les impone, determina que la función

de los jueces no alcance a interferir con el ejercicio de facultades que les son privativas a otros poderes con arreglo a lo prescripto por la Constitución Nacional, pues de lo contrario, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación" ("Arias", Fallos: 328: 3193).

- "El sistema constitucional de los tres poderes no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley" (Disidencia de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio en "Gómez, Ricardo y Federico", Fallos: 312:851).

- "Dentro del sistema republicano de gobierno establecido por la Constitución Nacional el accionar de los tres poderes del Estado es armónico y coordinado ya que, aunque cada uno de ellos tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí" ("Soria", Fallos: 319: 2641).

- "Los tribunales tienen facultades incuestionables para comprobar si los actos de los poderes políticos, cumplidos en ejercicio de sus atribuciones privativas, se ubican dentro del marco constitucional que las define. La aplicación de esa regla conduce a la conclusión de que si no ha existido transgresión alguna en tal sentido, de modo que la decisión adoptada por el poder político se ajusta a las normas fundamentales que regulan su accionar, tal decisión no puede ser modificada por el Poder Judicial" (Voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López en "Nellar", Fallos: 319:705).

- "El límite de la facultad de revisión judicial se encuentra ubicado en el ejercicio regular de las funciones privativas de los poderes políticos del Estado" ("PRODELCO", Fallos: 321: 1252).

- "Resulta evidente que compete a la decisión de los poderes políticos del Estado la formulación de las líneas gubernamentales y que a la Corte Suprema sólo le cabe confrontar el ajuste de las normas con la Constitución Nacional, sin que de ese control resulte valoración de dichas políticas ni -menos aún- adopción de medidas sustitutivas o complementarias del accionar de las otras ramas del gobierno" ("Provincia de San Luis", Fallos: 326: 417).

- "El acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse, solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario habilitan la intervención de los jueces" (Bayer, del 31/10/2017)

- "El principio de separación de los poderes y el necesario respeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales que su competencia les impones, determina que los jueces no puedan arrogarse el papel de legisladores, invadiendo la esfera de atribuciones de los otros poderes del gobierno federal" (Voto de la Dra. Highton de Nolasco en "Bedino", Fallos: 340:141)

- "Siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno" ("Centro de Estudios", Fallos: 339:1077)

- "No debe indagar la Corte si era imprescindible legislar respecto de los aspectos regulados en la ley 26.522 o si existían otros medios alternativos igualmente idóneos y que, al mismo tiempo,

hubiesen provocado una menor restricción a los derechos involucrados, en tanto ello implicaría ingresar en un ámbito de exclusiva discrecionalidad legislativa y corresponde recordar que los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso Nacional, en tanto el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno" (Voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco en "Grupo Clarín", Fallos: 336:1774)

- "El control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria pero no implica que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos fácticos que no presenten aquellos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva (-Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- "Camuzzi", Fallos: 331:1369)

De los extractos apuntados puede colegirse que, en general, la CSJN ha optado por un prudente control de los actos que implican el ejercicio de facultades atribuidas a la Administración o el Congreso. Pone de resalto el funcionamiento de la institucionalidad a través del respeto al principio de división de poderes, y la cautela que su accionar implica a la hora de juzgar sobre políticas o normas necesarias en la funciones de gobierno.

Ahora bien, resulta necesario establecer cómo funcionan dichos criterios y principios en el marco de los derechos sociales y las situaciones de posible vulneración. Es que, la pregunta que cabe realizar atiende a determinar si frente a un caso de incumplimiento o cumplimiento deficiente de garantías constitucionales por parte de los poderes encargados de ejecutarlas, en un marco de respeto institucional, pueden ser revisados por el órgano judicial y hasta dónde puede llegar esa revisión.

Buscaremos la respuesta a dicho interrogante a través de los fallos que hemos analizado, vinculados a los derechos de alimentación y vivienda digna.

En el año 1986, la Corte se expidió al respecto en una acción de amparo, y sostuvo que la misma

"[...] no tiene por finalidad obviar o urgir el trámite de los procedimientos administrativos o judiciales establecidos legal o reglamentariamente para el logro de los resultados que con él se procura, ni es apta para autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a la jurisdicción que

por ley tienen conferida, alterando el normal juego de la instituciones vigentes."⁹⁹ (el destacado no es del original).

Muchos años después, se refirió a la misma acción y dijo que:

"[...] conviene recordar que la acción de amparo no tiene por objeto obviar los trámites legales ni alterar las instituciones vigentes (Fallos: 310:1542, 1927 y 2076; 315:1485; 317:1755; 322:2247), ni justifica la extensión de la jurisdicción legal y constitucional de los jueces (Fallos: 310:2076), a quienes no le corresponde el control del acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomienda válidamente o la razonabilidad con que ejerce sus atribuciones propias" (considerandos 7 y 8, del voto de Eduardo Moline O' Connor y Augusto César Belluscio. En igual sentido, considerando 6 del voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert).¹⁰⁰

En el mismo fallo, los jueces Carlos S. Fayt y Antonio Boggiano, en disidencia, sostuvieron que la decisión del Poder Judicial en materia de derechos sociales no importa una injerencia en la órbita de otros poderes del Estado, señalando que :

"[...] una comprensión de esta doctrina que negara la posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto, el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión no puede compartirse. Ello por cuanto no se están requiriendo en el caso medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquellas que a juicio de los peticionarios, darían satisfacción a sus derechos más primarios" (considerando 6, del voto de la disidencia).

En el pronunciamiento "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento"¹⁰¹ la mayoría optó por señalar que:

"[...] la gravedad y urgencia de los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional..." pues "... le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados"(del considerando 3, del voto de la mayoría. El destacado es propio.)

En "RAD c/ Estado Nacional..."¹⁰², el Tribunal optó por la posición que le permite controlar esa porción discrecional, y mencionó que:

⁹⁹ Fallos 308: 864, "Jorge Arturo Guzman c. Comisión Municipal de Vivienda"

¹⁰⁰ Fallos: 325:1603 "Ramos, Marta Roxana y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo"

¹⁰¹ Fallos: 330:4134

"[...] por mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia, en el caso, de 20 años (aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos, incluso nativos), implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud, Fallos: 323:3229, 3239, considerando 15, sus citas y otros), y cuya garantía, mediante acciones positivas, 'resulta una obligación impostergable' de las autoridades públicas (idem, p. 3239, considerando 16)" (del Considerando 7, voto de la mayoría, el destacado es propio).

En el más reciente fallo sobre la temática de vivienda y acceso a niveles de vida digna¹⁰³ señaló que:

"[...] esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno" (del considerando 12, el destacado me pertenece).

A continuación aclara que, cuando se haya violado la garantía mínima del derecho fundamental, se traspasa el límite de la discrecionalidad, y esto habilita al control judicial y su injerencia en cuestiones otrora excluidas de su campo de actuación.

Es decir, se reconoce un margen de actuación discrecional a los órganos de gobierno y la imposibilidad de analizar si la alternativa elegida es adecuada como política pública para cumplimentar con los derechos fundamentales, pero siempre y cuando la opción elegida no vulnere la garantía mínima de satisfacción del derecho constitucionalmente protegido. De este modo, es posible advertir la estrecha relación existente entre el control de las facultades discrecionales y la noción piso mínimo.

Esto es lo que el voto de la mayoría propugna pues considera que "...esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política

¹⁰² Fallos 330:3853

¹⁰³ "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo" (2012), Fallos 335:452

del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces."

De este modo podemos decir que la Corte ha optado por limitar su accionar respecto de las situaciones que implican el ejercicio de las funciones de legislar y administrar, atribuidas constitucionalmente a los restantes poderes estatales.

Sin embargo, tal limitación no le ha impedido revisar actos estatales cuando los mismos podrían resultar contrarios a los principios de razonabilidad y acceso a elementales derechos que posibilitan una vida en dignidad.

Nótese que, en situaciones de hecho tales como las imperantes en el caso "Q.C.", y frente a la adopción de medidas ineficaces para dar tutela a los derechos de las partes, la Corte optó por reconocer que, si bien existía por parte del Estado una respuesta a la problemática planteada -considerada como funcional por el gobierno y elegida como alternativa válida por el mismo- la misma no daba una razonable satisfacción a las necesidades básicas de los involucradas.¹⁰⁴

¹⁰⁴ A continuación se transcribe un extracto del fallo referenciado, correspondiente al voto del Dr. Petracchi, que ilustra lo señalado en el párrafo que se comenta.

"...cabe recordar que el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad con respecto a qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes para implementar el derecho de acceso a una vivienda digna." [...] "las políticas de acceso a la vivienda pueden variar o fijar prioridades según las distintas necesidades y capacidades de los habitantes e incluso exigir algún tipo de contraprestación a quienes puedan proporcionarlas" [...] De las constancias de la causa resulta que si bien la demandada ha implementado varias políticas públicas en materia habitacional, dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para las personas en situación de calle; y los créditos ofrecidos en el marco de la ley local 341 para adquirir inmuebles exigen, entre requisitos, acreditar un ingreso mínimo de 2.000 pesos mensuales (ver fs. 5, 18 y 19 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública del 15 de septiembre de 2011). En tales condiciones, las alternativas que la Ciudad ofrece a quienes no cuenten con el ingreso mínimo mencionado, se limitan a la entrega de un subsidio en dinero -en los términos del decreto 690/06 y sus modificatorios-, o a la posibilidad de dormir en alguno de los paradores y albergues que provee la Ciudad, en caso de que haya plazas disponibles.

13) Que el subsidio mencionado se concede por un plazo máximo de seis meses, y sólo puede ser prorrogado excepcionalmente por cuatro meses más, al cabo de los cuales no puede ser renovado bajo ningún concepto (según decreto 690/2006, modificado por el decreto 167/2011). Esto implica que, al cabo de un máximo de diez meses, quienes obtuvieron el beneficio quedan nuevamente en la calle y ya sin ninguna alternativa para salir de esta situación. Eso es, precisamente, lo que hubiera ocurrido con la actora y su hijo menor de edad si no se hubiera dictado la medida cautelar a su favor en esta causa. Sumado a ello, el monto del beneficio (que va desde los 700 a los 1.200 pesos mensuales) tampoco resulta suficiente para costear -en las reales condiciones que exige

En este caso, la Corte optó por ir un paso más allá en la revisión, y cuestionar la alternativa estatal seleccionada por no alcanzar el objetivo que con la misma se buscaba lograr.

Por otra parte, en relación a la competencia para intervenir en este tipo de asuntos, en el caso "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco)..."¹⁰⁵, la Corte falló en favor de los accionantes (integrantes de la comunidad Toba de la provincia de Chaco, que carecían de acceso al agua potable y alimentos) y sostuvo que:

"[...] le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados" (el destacado me pertenece).

Sin embargo, tal como señaláramos, esta postura no es aceptada de manera uniforme, ni siquiera por el propio Tribunal, quien frente a casos similares en anteriores intervenciones resolvió en base a argumentos disuasivos de la exigibilidad de los derechos sociales.

el mercado a quienes carecen de garantías e ingresos comprobados un lugar para vivir con condiciones mínimas de habitabilidad y dignidad. en efecto, tal como se acreditó en esta causa, la habitación en un hotel familiar, que acepta menores de edad, y que reúne condiciones mínimas de habitabilidad (dimensiones de 3 metros x 3 metros, sin ventanas, baño y cocina compartidos, primer piso por escalera, ha tenido para la actora un costo mensual de 1.700 pesos..."

"14) Que, por otra parte, la red de paradores estatales que provee la Ciudad de Buenos Aires es una mínima contención que no puede ser razonablemente equiparada a una vivienda digna..."

"A partir de lo expuesto, resulta evidente que aún cuando el gobierno provea esta exigua contención, ello no modifica la realidad de desamparo de la actora y su hijo.

Que, en tales condiciones, la Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido con su obligación de implementar razonablemente el derecho a una vivienda digna en su jurisdicción, en los términos de lo señalado en el considerando 10.

En efecto, la demandada no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social - como la actora y su hijo- tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral."

¹⁰⁵ Fallos: 330:4134.

Así, en el caso "Ramos, Roxana..."¹⁰⁶, los vocales del primer voto afirmaron que:

"El desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (Fallos: 300:1282 y 301:771), ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75, incs. 18 y 32...." (el destacado es propio).

De este modo, si bien se admite que la situación presentada en el caso demuestra un grave estado de vulnerabilidad de la actora y sus hijos, quienes no gozarían de la satisfacción de ese "mínimo existencial" en la satisfacción de sus derechos, los vocales del Tribunal aluden a la discrecionalidad en materia de políticas públicas de los restantes poderes estatales, para fundar su imposibilidad de intervención.

En el caso "RAD c/ Estado Nacional..."¹⁰⁷, la Corte retoma el concepto clásico de control de razonabilidad, al establecer:

"A partir de tal premisa, el juicio de razonabilidad de la norma (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional), estará guiado por un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma (en este caso, el Estado Nacional) la que deberá realizar una cuidadosa prueba sobre los **finés** que había intentado resguardar y sobre los **medios** que había utilizado a tal efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada" (del considerando 11, del voto de los Dres. Petracchi y Argibay. Destacados contenidos en el original).

Así, a partir del análisis efectuado de los fallos del Alto Cuerpo, podemos señalar que si bien no existe uniformidad en cuanto al control de judicial de los actos estatales desarrollados en ejercicio de facultades discrecionales, puede decirse que existe una tendencia hacia admitir su control cuando su ejecución perjudique, restrinja o no tutele adecuadamente los derechos sociales elementales asociados a la subsistencia de una persona. Se busca propiciar una actividad judicial que permita compatibilizar el

¹⁰⁶ Fallos: 325:1603.

¹⁰⁷ Fallos 330:3853

reconocimiento constitucional de los derechos sociales con la discrecionalidad administrativa, de modo que el accionar de la magistratura aparezca como una instancia posible dentro del respeto a la autonomía de los poderes políticos.

3. El paradigma de la escasez y su influencia en el control judicial de las políticas públicas de alimentación y vivienda digna.

3.a. ¿Qué es el paradigma de la escasez y cuándo puede aplicarse?

Todos los derechos dependen de recursos económicos para hacerse efectivos, sin distinción de categorías o necesidades tuteladas. Los derechos sociales no son una excepción. Por el contrario, al exigir un accionar del Estado, esta actuación supone una inversión presupuestaria.

Sin embargo, es por todos sabido que los recursos del Estado son limitados, ya que están determinados en principio por los ingresos que el mismo posee.

Este carácter limitado de los recursos posiciona al Estado en la difícil tarea de distribuir los mismos entre las distintas necesidades sociales y funciones a su cargo. Esta distribución importa muchas veces en la práctica que los recursos no sean suficientes para garantizar la plenitud de los derechos humanos para todos.

La cuestión relativa a la escasez de recursos y cómo ellos impactan en el efectivo cumplimiento de los derechos humanos y en la posibilidad de reclamar judicialmente ante una vulneración ha sido magistral y exhaustivamente abordada por el Doctor Lucas Grosman en su libro "Escasez e Igualdad".

Reconoce el autor:

"Existen razones que hacen que sea deseable tener un estado, es decir, que justifican su existencia. Estas razones se vinculan con la provisión de una serie de servicios que no podríamos obtener de otra manera, o al menos no de forma igualmente eficiente. Estos servicios son, en definitiva, las funciones del estado, aquello que justifica su existencia".¹⁰⁸

Para cumplir estas funciones el Estado genera estructuras a las que dota de recursos para su funcionamiento.

De otro costado, refiere el autor que, a la par de las funciones, existen precondiciones, que no dependen de recursos y que pueden definirse como aquellos casos en los que no hay estructura o exceden la misma. Como ejemplo de precondiciones del Estado, puede mencionarse la ausencia de tortura estatal o de censura o que el Estado debe abstenerse a contaminar el medio ambiente o a dañar la salud. La distinción entre las precondiciones y las funciones del Estado importa cuando debe analizarse el rol de la escasez de recursos como defensa ante el incumplimiento de estos deberes. Es que, sería posible algar la insuficiencia de recursos para no prestar adecuadamente el servicio de justicia pero nunca para justificar la tortura o la censura estatal.¹⁰⁹

Sobre la base de esta distinción entre funciones y precondiciones, Grosman reconoce tres paradigmas judiciales para resolver los casos vinculados a derechos humanos:

(a) Paradigma del Abuso: este paradigma es adecuado para aquellos casos que involucren precondiciones del Estado. Las precondiciones no dependen de recursos, y por ello no hay excusas para su no cumplimiento, y, por lo tanto, la escasez de recursos no juega ningún papel en su justiciabilidad. Refiere el autor referenciado: "El hecho de que la mera ausencia del Estado sea suficiente para evitar el perjuicio implica que las restricciones presupuestarias no funcionan como defensa en estos casos. La escasez de recursos puede

¹⁰⁸ GROSMA, Lucas S.; Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución, Librería, Buenos Aires, 2008, pág. 25.

¹⁰⁹ CÁCERES DE IRIGOYEN, María Virginia, "Derecho humano a la salud", en PALACIO DE CAIRO, Silvia B. (dir), Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el derecho argentino, La Ley, Buenos Aires, 2015.

ser invocada para justificar el incumplimiento de una función del Estado, pero no de una de sus precondiciones"¹¹⁰. Ejemplos de estos casos serían la prohibición de torturar y la de censura. Frente a estas situaciones, los jueces deben impedir que el Estado interfiera con los derechos individuales mediante sus propias acciones y la labor judicial se centra en una vez identificado el incumplimiento (abuso) disponer su cese.

(b) Paradigma de la inclusión: está vinculado a las funciones estatales para las que ya hay una estructura armada a la que el Estado ha dotado de recursos, tales como el sistema electoral, las fuerzas de seguridad, la educación o el sistema judicial. Aquí los problemas surgen cuando una persona no es incluida en esta estructura, pese a que los recursos están disponibles a tal fin. Los jueces no tienen decisión sobre la asignación de recursos presupuestarios, sino que su tarea se limita a asegurar la no exclusión de aquellas personas que reúnen los requisitos para ser incluidos.

(c) Paradigma de la escasez: en este modelo nos encontramos justamente frente a bienes escasos, es decir, el Estado no tiene o no ha asignado bienes suficientes, sea porque no existe la estructura o bien porque los reclamos exceden la misma. Se refiere a los casos en que la satisfacción del derecho que se reclama excede las capacidades del Estado con el fin de tutelar el mismo. Los casos de derechos sociales frecuentemente se ajustan a este paradigma, ya que el Estado no suele tener recursos disponibles para la satisfacción de todas las personas que quisieran acudir en reclamo de los mismos. Sin embargo, tal como reconoce el autor: "el mero hecho de que una persona no reciba tales bienes no puede resultar en sí mismo violatorio de la Constitución" ¹¹¹. Según su postura, para que haya una violación de la Constitución, y por ende, hacer exigible el derecho social en cuestión, debe haber un plus: en la asignación de recursos escasos debe haber un criterio contrario a la

¹¹⁰ GROSMAN, Lucas S.; op. cit., pág. 26.

¹¹¹ GROSMAN, Lucas S.; op. cit., pág. 40

Constitución, puntualmente al principio de igualdad. Aclara Grosman, que por esta razón el paradigma no es autosuficiente, sino que tiene sentido en relación con valores constitucionales determinados. Dentro de este paradigma,

"la escasez presupuestaria no deja a los derechos sociales en un limbo, sino que obliga a los tribunales a recurrir a un paradigma que les permita discernir en qué casos una carencia social determinada constituye una violación constitucional que los tribunales deben tratar de remediar. Este paradigma, el de la escasez, parte de reconocer que no toda carencia social, por importante que parezca, constituye una violación de la Constitución".¹¹²

La asignación de recursos escasos debe hacerse, según Grosman, con el criterio de la igualdad estructural de oportunidades, esto es, tratar de igualar el impacto de la estructura social sobre las personas. Cuando de derechos sociales se trata, debe entenderse que el derecho pasa recibir un trato igualitario frente a la escasez.

De este modo, el enfoque que defiende el autor:

"rechaza un control judicial tan amplio sobre las decisiones presupuestarias. En primer lugar, se parte de la base de que la provisión de beneficios sociales debe lidiar con las restricciones impuestas por la escasez, es decir, que los recursos simplemente no bastan para satisfacer todas las demandas de la población. Esto significa que el gobierno deberá decidir cuáles beneficios provee y cuáles no. Dado que esta decisión es inevitable -es la consecuencia lógica de la escasez- no puede ser que el Gobierno, decida lo que decida, siempre viole la Constitución. Algo más hace falta para que tal violación se configure: que la distinción realizada por el Gobierno resulte contraria a la igualdad, entendida a la luz de los ideales constitucionales, y en particular la igualdad estructural de oportunidades. Cuando la igualdad no se encuentra amenazada, los tribunales carecen de justificación para interferir con la distribución de recursos que el presupuesto refleja; en tal supuesto, los beneficios sociales deben ser provistos, y denegados, de acuerdo con el presupuesto".¹¹³

Como ejemplos, se analiza la distinta influencia que puede tener en la igualdad estructural de oportunidades, el acceso al derecho a la educación y a la alimentación, concluyendo que el primero debe tener prioridad pues permitiría superar desigualdades sociales y posibilitar la incorporación al mercado de personas excluidas.

Resulta importante resaltar, que para esta visión, en los casos de escasez, no es función del juez decidir cómo asignar recursos presupuestarios, sino que corresponde a los

¹¹² GROSMAN, Lucas S.; op. cit., pág. 60

¹¹³ GROSMAN, Lucas S.; op. cit., pág. 139

poderes políticos. El papel de los tribunales pasa por determinar y controlar si la omisión de proveer un beneficio social es razonable, en términos constitucionales.¹¹⁴

Frente al criterio de igualdad estructural de oportunidades, se esgrimen algunas críticas. Etchichury¹¹⁵ sostiene que la idea de competencia para fundar tal criterio resulta injustificada, dado que la misma no se desprende de los tratados internacionales o de la misma Constitución. Sostiene este autor que "no queda claro por qué la competencia sería más relevante que la democracia (CN, art. 37) o la justicia social (CN, art. 75 inc. 19), valores explícitamente consagrados en la Constitución".¹¹⁶ Para él, la noción de derechos humanos implica apartarse de la distribución basada en mecanismos de mercado.

Ya frente a la escasez como argumento para justificar la imposibilidad del reclamo judicial por los derechos sociales, advierte que la cláusula del "máximo de los recursos disponibles" contenida en el art. 2 del PDESC se suele invocar como límite a la vigencia de los derechos sociales, cuando en realidad debiera tener un significado que fuera más allá de las partidas presupuestarias. Sostiene que ese "máximo de recursos disponibles" no impide la exigibilidad de los derechos, sino que debe interpretarse como el "máximo de los recursos disponibles del Estado" en su conjunto (más allá de la partida presupuestaria destinada al cumplimiento de un derecho en particular).

De este modo, argumenta que no puede leerse dicha cláusula como una puerta abierta a la total discrecionalidad de los poderes políticos, pues de este modo el Pacto dejaría de tener sentido.

¹¹⁴GROSMAN, Lucas S.; "La justiciabilidad de los derechos sociales", en RIVERA (h), ELIAS, GROSMAN y LEGARRE (codirectores), Tratado de los Derechos Constitucionales, Abeledo Perrot, 2014.

¹¹⁵ ETCHICHURY, Horacio; "La igualdad...", op. cit.

¹¹⁶ ETCHICHURY, Horacio; "La igualdad...", op. cit., pág. 203

Con cita de Bidart Campos, postula que la obligación debe interpretarse como la obligación de "destinar a las necesidades propias de los derechos sociales un máximo suficiente de recursos dentro de la disponibilidad del gasto público".

Es pertinente mencionar que, dentro del argumento de la escasez también se incluye el impacto que las sentencias pueden tener en las arcas del estado, en aquellos casos en los que la apertura a un reclamo particular puede tener como efecto, la interposición de miles de demandas similares.

En referencia al caso Ramos¹¹⁷, Grosman señala que las carencias de la actora eran comparables a la de muchas personas que se encontraban en la misma situación en un país que atravesaba una importante crisis económica. Por ello, reconocer un derecho como el que se reclamaba implicaba, según su visión, un impacto millonario en las arcas públicas.

Por otra parte, la cuestión presupuestaria también atañe a la posibilidad del Poder Judicial de disponer de los fondos públicos mediante decisiones que acarreen una modificación en la asignación de los recursos estatales, como las que disponen medidas respecto a la provisión de alimentos o una vivienda.

Esto se relaciona con el principio de división de poderes y las facultades discrecionales de los poderes políticos, a las que nos hemos referido anteriormente.

Asimismo, como parte de las críticas, se hace alusión a la falta de legitimidad democrática de los jueces para la toma de este tipo de decisiones.

Sin intención de hacer un análisis exhaustivo de la cuestión pues escapa a los propósitos del presente estudio, podemos decir que la falta de legitimidad democrática apunta a que el Poder Judicial no tiene carácter representativo, en tanto no existe elección popular de sus miembros. De este modo, no podría un juez resolver acerca de los derechos

¹¹⁷ 27/06/2002, Fallos: 325:1603

sociales o declarar la inconstitucionalidad de una norma, por ser cuestiones que los poderes electivos determinan.

Frente a esta postura que sostiene la imposibilidad de los magistrados de accionar, se han esgrimido algunas respuestas que se centran en la convivencia de los poderes estatales y proponen acciones de "legitimación" tales como el diálogo institucional y con la sociedad civil. Asimismo, se esgrime que la respuesta judicial no debiera verse como la última palabra frente a una cuestión social, sino como una más dentro del espectro de factores que convergen.¹¹⁸

Al respecto, puede decirse que la falta de legitimidad democrática se vincula, desde otro punto de vista, con la independencia judicial.

El concepto de independencia judicial se ha ido construyendo en Europa desde mediados del siglo XVII, en el momento en que los jueces comienzan a desarrollar criterios propios, distintos a los propuestos por los Reyes, y se vigoriza con la Revolución Francesa¹¹⁹.

Puede ser entendida desde una doble perspectiva. En primer lugar, la externa que se identifica con la independencia institucional asociado a la división de poderes. Por otro lado, la interna, que refiere a la independencia funcional mediante la cual se pone de relieve que las decisiones judiciales deben estar libres de cualquier injerencia o intromisión de cualquier otro actor social (restantes poderes, poderes meta o paraestatales)¹²⁰.

Ahora bien, esta idea de independencia judicial debe ser interpretada y contextualizada. Es necesario comprender que el Poder Judicial es un Poder del Estado, y

¹¹⁸ ETCHICHURY, Horacio; "La igualdad...", op. cit.

¹¹⁹ ANDRUET, Armando Segundo (h), "El imaginario social y la independencia judicial", en GHIRARDI, Olsen .A. (Director), Diez Años (29-80), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008.

¹²⁰ ANDRUET, Armando Segundo (h); op. cit.

en sus funciones se encuentra aquella de contribuir a la consolidación del bien común político, fin por naturaleza de la organización estatal.

De esta forma, en palabras de Andruet¹²¹:

"[...] siendo los jueces quienes actualizan los derechos de los ciudadanos acorde a sus pretensiones fundadas en razón jurídica suficiente, negarles a ellos el carácter de ejecutores de una dimensión política en lo social es a la vez renunciar a la concreción ejecutiva de la praxis del derecho, lo cual sin duda es un desatino mayúsculo [...] siendo los jueces garantes de los derechos fundamentales tienen un rol preponderante en la misma construcción democrática de la vida política".

Es decir, la realización política del Estado no es competencia exclusiva de ninguno de sus poderes, sino que por el contrario, está implícito en su "ser" la necesidad de su ejercicio. De este modo, es posible comprender que en la institucionalidad propia de un Estado de Derecho, los tres poderes estatales coadyuvan a la realización de sus fines. El acceso a la magistratura sin el voto popular lejos de desabastecer de legitimidad a sus miembros tiende a garantizar su independencia y posibilitar un acceso basado en la idoneidad personal.

Más allá de la opinión personal que nos merece, y que hemos plasmamos en el párrafo anterior, estas diversas posiciones reflejan lo arduo del tema y su vinculación con la postura ideológica que sobre el rol del Estado y la magistratura, se asuma.

3.b. La interpretación del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales respecto de la escasez de recursos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 3 "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del

¹²¹ ANDRUET, Armando Segundo (h); *Judicatura y política: aproximaciones necesarias y distancias forzosas*, Lexis Nexis, publicado LNC 2006-0-1, Córdoba, 2006, pág. 4.

Pacto)"¹²², establece algunas pautas que pueden ser de notable utilidad a los fines de definir qué papel juega la escasez de recursos en el cumplimiento de los derechos sociales. Entre ellas cabe destacar:

- "[...] se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas." (el destacado es propio)
- "...si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.
- "El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo".
- "El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción. El Comité ya ha tratado de estas cuestiones en su Observación general N° 1 (1989)".
- "El Comité observa que la frase 'hasta el máximo de los recursos de que disponga' tenía la intención, según los redactores del Pacto, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales. Más aún, el papel esencial de esa cooperación en facilitar la plena efectividad de los derechos pertinentes se destaca además en las disposiciones específicas que figuran en los artículos 11, 15, 22 y 23. Con respecto al artículo

¹²² Disponible en http://www.acnur.org/t3/uploads/RTEmagicP_1452.pdf?view=1 [fecha de consulta 08/01/2018].

22, el Comité ya ha llamado la atención, en la Observación general N° 2 (1990), sobre algunas de las oportunidades y responsabilidades que existen en relación con la cooperación internacional. El artículo 23 señala también específicamente que 'la prestación de asistencia técnica' y otras actividades se cuentan entre las medidas 'de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el Pacto'".(el destacado es propio)

Del extracto que antecede, surge que el Comité DESC reconoce las limitaciones que los Estados partes del Pacto pueden alegar, pero no por ello excluye la obligación del cumplimiento de las prerrogativas reconocidas en el mismo.

Asimismo, interpreta que la cláusula "hasta el máximo de los recursos disponibles" no debe equipararse a las partidas presupuestarias que un determinado país haya destinado a la satisfacción de algunos de los derechos enumerados, sino que se refiere al máximo de los recursos del Estado en su totalidad, que incluye la posibilidad de acceso al crédito a través de la cooperación y asistencia internacional.

Por otra parte, la prueba respecto a la insuficiencia o imposibilidad de hacer efectivas las prerrogativas de derechos sociales está en cabeza del gobierno que lo alegue.

De este modo se advierte como el Comité no admite, en principio, la consideración de la escasez de recursos como argumento para justificar la violación o el incumplimiento de la garantía de un derecho humano. La pauta fijada por el organismo está dada por "el máximo de los recursos disponibles".

3.c. La Corte Suprema de Justicia, el presupuesto y la escasez de recursos.

En el año 2007, en el caso "R.A.D. c/ Estado Nacional..."¹²³, la Corte tuvo un acercamiento al tratamiento de la escasez o insuficiencia de recursos y su ponderación frente a los reclamos que involucran derechos sociales.

¹²³ 04/09/2007, Fallos 330:3853

En este fallo, el Dr. Maqueda refirió -en alusión a los recursos destinados a la satisfacción de los derechos sociales- que los mismos:

"[...] dependen de fondos dispuestos por las distintas leyes de presupuesto, lo que determina que los recursos no son ilimitados y que la administración y asignación de los mismos requiere ponderar el equilibrio de las prestaciones entre nacionales y extranjeros, para asegurar que las que se acuerden mantengan una relación de equidad en la satisfacción de los derechos fundamentales de los distintos colectivos que intenta proteger, en aras de los cuales el legislador puede imponer determinados requisitos no sólo de fondo sino de forma a los efectos de percibir el beneficio" (del considerando 11).

Refiere a los principios de "desarrollo progresivo", "interés general", "bien común" y "máximo de los recursos disponibles" como rectores en la interpretación de normas económicas, sociales y culturales.

Tal como se desprende del párrafo transcrito, el vocal del voto enunciado propugna que debe ponderarse las cuestiones presupuestarias en los casos que involucran derechos sociales, pues los recursos son escasos. Manifiesta la necesidad de lograr equidad entre los diferentes colectivos que integran el entramado social, de modo que la asignación de recursos destinados a una política pública no comprometa el goce del resto de los ciudadanos de otros o el mismo derecho.

Asimismo, acepta la posibilidad de que las leyes que reglamentan los derechos constitucionales exijan ciertos requisitos al momento de ponerlos en marcha, como una facultad del legislador.

Para este juez, la cuestión presupuestaria constituye un factor determinante en la legitimidad de las políticas enunciadas por los poderes políticos.

Ya en el año 2012, la Corte Suprema se expide de modo más extenso en relación al tópico enunciado.

En el citado caso "Q.C."¹²⁴, frente al argumento postulado por la demandada relacionado con la carencia de recursos y la existencia de un presupuesto "inelástico", la CSJN señaló:

"[...] el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles aparece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos" (del considerando 14, del voto de la mayoría).

De este modo el Tribunal reconoce que, si bien los **recursos económicos disponibles** pueden tener injerencia en la resolución de conflictos que involucran derechos sociales, los mismos **no son causa suficiente para justificar un incumplimiento** de los deberes a cargo del Estado.

Asimismo, realiza una ponderación respecto de la eficiente asignación de recursos para la satisfacción de los derechos involucrados pues sostiene que, aunque el Estado alegue la existencia de una inversión presupuestaria destinada a la realización de políticas públicas comprometidas con el derecho reclamado, dista de ser suficiente si las mismas no consiguen el objetivo involucrado.

Así, afirma:

"[...] la intervención estatal hasta el presente, no obstante reconocer que es costosa para el Estado, no parece ser adecuada para resolver la grave problemática que en el *sub examine* se plantea. [...] No se trata en esta situación de evaluar el precio del servicio que paga el Estado y dado su costo dar por cumplido el deber que le incumbe, conforme a un estándar de realización de los derechos sino valorar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Es decir, la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible" (del considerando 15, del voto de la mayoría. el destacado no es del original).

En el mismo considerando agregó:

"De manera que aun cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de 'bajo costo', en los términos que recomienda el Comité citado de Naciones Unidas; tampoco parece ser el

¹²⁴ 24/04/2012, Fallos 335:452

adecuado para garantizar la protección y la asistencia integral al niño discapacitado que, conforme los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia, constituye una política pública del país. En este punto cabe recordar que ha sostenido esta Corte que los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda".

Se prescinde de este modo de los montos de la inversión presupuestaria, para poner **el foco del control judicial en la efectividad de los derechos** reclamados.

En el voto de la mayoría, no se recurre al paradigma de la escasez descrito en los apartados precedentes, pues la Corte lisa y llanamente evalúa el incumplimiento estatal y la ineficacia de la política pública para la satisfacción de los involucrados.

Pero tampoco se condice con la postura que proclama la "universalidad" de los derechos humanos y su reclamo judicial, pues el voto tiende a poner de manifiesto la "especial" situación de la actora y su hijo.

Podría relacionarse con el paradigma de la inclusión desarrollado por Grosman, pues la Corte considera que existe una estructura y el Estado ha tomado la decisión de satisfacer necesidades determinadas. Tal como resulta del caso, la actora y su hijo no han sido "aceptablemente" incluidos dentro de dicha estructura, pese a que los recursos están disponibles a tal fin, lo que hace de aplicación este paradigma.

En el mismo fallo, el Dr. Petracchi se expide en la misma línea, pero con sus propios argumentos. Refiere, en los considerandos 16 a 18, que:

"[...] cabe evaluar si la señalada falta de políticas públicas adecuadas en materia de vivienda puede ser justificada por la carencia de recursos económicos suficientes, alegada por el Gobierno de la Ciudad [...] Esta Corte tiene dicho que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales a ella incorporados, especialmente cuando lo que se encuentra en juego son derechos fundamentales (fallos 318:2002 y 328:1146). Es que, al distribuir sus recursos, el estado no puede dejar de considerar los principios de justicia social y protección de los derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental arts. 75, incs. 19, 22 y 23; y Fallos: 327:3753 y 330:1989, considerandos 12 y 5, respectivamente)" (del considerando 16, voto del Dr. Petracchi).

Es decir, se advierte sobre la trascendencia de los recursos económicos para poder cumplir las obligaciones estatales derivadas de los derechos sociales reconocidos, pero las mismas deben ser evaluadas con la prudencia necesaria para determinar si su relevancia es tal, que justifica la imposibilidad de dar respuesta a los involucrados.

En relación con la distribución de esos recursos escasos que se realiza, el magistrado sostiene:

"[...] cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad como se advierte en el presente caso, que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de *prima facie* no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el art. 2° del PIDESC. [...] Ello es lo que ocurre, precisamente, en este caso, donde se ha probado holgadamente que el segmento más vulnerable de la población de la Ciudad no tiene garantizadas soluciones mínimas y esenciales en materia habitacional. Se suma a ello el hecho de que tampoco existen políticas públicas, ni a largo ni a mediano plazo, destinadas a que estas personas logren acceder a un lugar digno para vivir" (del considerando 16, voto del Dr. Petracchi).

Sin embargo, reconoce la limitación de recursos disponibles y la imposibilidad estatal de hacer frente a todas las demandas sociales existentes. Pero advierte, que es el obligado quien debe probar que ha realizado todo el esfuerzo suficiente para cumplir.

Sostiene así que:

"[...] no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes. [...] Por el contrario, el PIDESC ha sido redactado de modo tal de reflejar un balance adecuado entre el objetivo de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y los reales problemas de los Estados para implementarlos. [...] La presunción señalada simplemente implica que, para atribuir la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, es el Estado quien debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos. [...] A la luz de lo expuesto, la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales" (del considerando 17, voto del Dr. Petracchi. El destacado es propio).

Del mismo modo que el voto de la mayoría, realiza una evaluación de la eficiencia de la solución adoptada por el Gobierno para dar solución a la temática de la vivienda digna y

concluye que la opción seleccionada por el ente público dista de ser la adecuada para el caso en concreto y para quienes padecen de problemáticas similares.

En sus propias palabras:

"Que, por el contrario, las medidas adoptadas por la demandada revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico. [...] En efecto, la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, *sólo* otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados" (del considerando 18, voto del Dr. Petracchi).

De este modo, en el caso más reciente de la Corte sobre vivienda y mínimas condiciones de subsistencia, se ha realizado una evaluación de la asignación de recursos que el Estado realiza.

Dicha evaluación puede ser vista como una injerencia del Poder Judicial en las facultades conferidas a los poderes políticos, o bien como una garantía para la efectividad de los derechos sociales involucrados, a través del ejercicio del control que se le ha encomendado.

La Corte no sólo ha evaluado si existió una asignación presupuestaria para la satisfacción de los derechos ponderados, sino que ha ido un paso más allá, al valorar si tal asignación cumplía con su misión. Es decir, en su análisis incluyó la asignación de recursos que reconoce escasos y realizó un control amplio sobre el ejercicio de las facultades discrecionales ejercidas en su distribución.

4. A modo de síntesis.

En el presente capítulo hemos analizado algunas de las propuestas destinadas a responder el interrogante respecto a cuál es el rol que cabe asignar al Poder Judicial en la resolución de conflictos que involucran derechos sociales y seleccionamos aquellas

elaboraciones que intuimos se vinculan suficientemente con el tema propuesto en el presente trabajo.

En primer lugar nos referimos al "**piso mínimo**" como posible respuesta razonable a la problemática de los derechos sociales. Este piso mínimo, constituido por el límite por debajo del cual no se puede pensar la existencia de una persona en dignidad, puede resultar una idea que fundamente razonablemente la respuesta que el juez deba brindar frente al caso concreto.

Tal como lo desarrolláramos, el mínimo existencial depende del desarrollo de cada comunidad por lo que resulta necesario atender al contexto social de cada resolución.

Algunos tribunales han hecho uso de este criterio, como el Tribunal Supremo alemán y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en alusión al deber de salvaguardar aquéllos derechos que hacen a la subsistencia misma.

De acuerdo a esta elaboración, la competencia respecto a cómo atender a las demandas sociales tanto en lo referido a su planificación como a la asignación presupuestaria, recae sobre los poderes legislativo y administrativo. La intervención judicial sólo se habilitaría cuando las estrategias elaboradas no resultaren suficientes y se constatará la afectación del mínimo existencial.

De este modo, el control por parte del Poder Judicial, frente a la supuesta vulneración de un derecho social, consistiría en evaluar si las políticas públicas elaboradas por los restantes poderes estatales son funcionalmente adecuadas para salvaguardar ese piso mínimo por debajo del cual no es posible concebir la existencia humana.

Si bien existen críticas a esta postura, basadas principalmente en la necesidad de evitar que este parámetro se convierta en una excusa estatal para no ir más allá en el

cumplimiento de los derechos sociales, lo cierto es que brinda una respuesta frente al dilema judicial y sus límites.

Luego, analizamos las denominadas **facultades discrecionales** de los poderes políticos, cómo las mismas participan en el desarrollo de estructuras estatales para el cumplimiento de los derechos de alimentación y vivienda, y si es posible su control por parte de la magistratura.

Dijimos que estas facultades constituyen una modalidad de ejercicio de la función administrativa, en la cual, el órgano competente dispone de una porción de libertad para seleccionar una alternativa entre varias igualmente válidas.

Vimos que existe una cierta tendencia hacia admitir su control cuando su ejecución perjudique, restrinja o no tutele adecuadamente los derechos sociales elementales asociados a la subsistencia de una persona. Se busca propiciar una actividad judicial que permita compatibilizar el reconocimiento constitucional de los derechos sociales con la discrecionalidad administrativa, de modo que el accionar de la magistratura aparezca como una instancia posible dentro del respeto a la autonomía de los poderes políticos.

Así, lo que escapa a la competencia del Poder Judicial, es la revisión del juicio de valor en la toma de decisión, pero no su injerencia en el cumplimiento de los derechos, pues esta es una misión de los tribunales de justicia.

Por último, nos referimos a la asignación de **recursos estatales** en el cumplimiento de los derechos y buscamos determinar cuál es el papel de la escasez tanto a nivel administrativo como judicial.

Admitimos que todos los derechos dependen de recursos económicos para hacerse efectivos -sin distinción de categorías- y que los recursos del Estado para su cumplimiento son limitados, ya que están determinados por los ingresos que el mismo posee. Este

carácter limitado de los recursos, posiciona a los órganos administrativos en la difícil tarea de distribuir los mismos entre las distintas necesidades sociales y funciones a su cargo.

Asimismo, nos preguntamos respecto a cuál es el rol que cabe asignarle a la escasez de recursos en el reclamo judicial por derechos sociales, y si es posible fundar una resolución en la insuficiencia de las arcas públicas para dar respuestas.

De los casos de la Corte Suprema que hemos analizado, se desprende que esta escasez, si bien admitida, no alcanza para justificar un incumplimiento estatal de las obligaciones derivadas del texto constitucional. Se propicia una evaluación no sólo respecto a la existencia de partidas presupuestarias destinadas a la necesidad social ponderada, sino también de la efectividad de las medidas desarrolladas para dar respuestas eficientes.

Además, señalamos que existe consenso en postular que, en ningún caso, corresponde al Poder Judicial decidir cómo deben asignarse los recursos, pues escapa a su competencia, pero sí que su intervención se torna necesaria para controlar cómo se lleva adelante tal asignación y si da respuesta efectiva a los derechos tutelados constitucionalmente.

Si bien los tres tópicos han sido desarrollados en el capítulo a modo de módulos distintos para posibilitar un mayor entendimiento de su significado, lo cierto es que en la práctica judicial normalmente aparecerán vinculados.

Es que tal como hemos visto, es posible admitir el control judicial de los actos discrecionales cuando se violenten derechos vinculados a la dignidad humana, derechos sin los cuales no es posible la subsistencia, es decir, asociados a un mínimo existencial. Del mismo modo, se acepta que la escasez de recursos tiene vinculación con el cumplimiento de los derechos y que es una cuestión que se analizará en el control judicial de los actos

discrecionales, tanto desde la óptica de la posibilidad de llevar adelante acciones materiales cuanto de la eficiencia de la asignación.

Así entonces, podemos señalar que resulta posible la intervención de los tribunales de justicia ante las demandas concretas de vulneración de derechos sociales cuando, mediante el ejercicio de una actividad discrecional, se vulnere la posibilidad de una existencia digna. Consideramos que debe propiciarse una actividad judicial respetuosa de la institucionalidad y de las competencias asignadas a los poderes políticos pero sin caer en la tentación de concebir una administración exenta de control alguno. Los jueces deben velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales y ello implica analizar el ejercicio de toda la actividad estatal destinada a tal fin.

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES FINALES

El ejercicio de la función judicial es una tarea compleja. Muchos factores deben considerarse al momento de evaluar el desempeño de los magistrados. Es que no sólo se exige a los jueces contar con conocimientos suficientes y una adecuada preparación técnica, sino que sus resoluciones son ponderadas en virtud de los valores imperantes en la sociedad de acuerdo a cada momento histórico.

Si bien la afirmación anterior cabe respecto de la función judicial en general, los casos en los cuales se encuentra en juego el acceso a bienes necesarios para una vida digna, suelen implicar una mayor dificultad. Esto así, no sólo por el carácter de los derechos involucrados, sino por los diferentes componentes que se deben incluir la momento de decidir.

Es que no sólo debe evaluarse el acceso a la justicia de aquellas personas más vulnerables del entramado social, sino que implica analizar los límites existentes al control judicial de los actos de gobierno.

La operatividad de los derechos constitucionales, o la obligación estatal de disponer de los medios para su plena vigencia, junto con la previsión material de los recursos suficientes y las facultades de los poderes políticos, son factores determinantes en cada resolución.

Asimismo, la evolución en la definición de cada uno de estos aspectos y las diferentes teorías interpretativas, coadyuvan a dificultar aun más la labor de los magistrados y la posibilidad de que sus sentencias gocen de aceptación por parte de todos sus destinatarios.

En este marco, los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, si bien no cuentan con la obligatoriedad propia de otros sistemas, pueden resultar de utilidad como guía al momento de interpretar el funcionamiento y límites al control judicial.

Al analizar los diferentes pronunciamientos del Máximo Tribunal nacional propusimos la división de los mismos en tres etapas, de acuerdo a la forma de resolución de los planteos, coincidente con la línea del tiempo en la que se desarrollaron.

Describimos que, en sus primeras intervenciones (1986-2002), el Tribunal desestimaba los planteos efectuados por los actores o bien revertía los pronunciamientos de las instancias inferiores que daban razón a sus reclamos.

Se destacaba la imposibilidad de control judicial de los actos estatales y la importancia de no asumir facultades ajenas a su competencia, sobre la base del principio de división de poderes, y en el respeto de las facultades discrecionales de los mismos, en particular, respecto a la asignación de recursos.

Se consideraba que la selección e implementación de políticas tendientes a satisfacer demandas relacionadas a los derechos de índole social, permanecían bajo la órbita exclusiva de los poderes políticos y estaban exentas de control por parte de la magistratura.

Por otra parte, se refería a la necesidad de cumplimentar acabadamente los requisitos establecidos legalmente de acceso a la jurisdicción, con independencia del derecho que se pretendía, tal como aconteció en los casos planteados contra la Comisión Municipal de Vivienda en el año 1986.

Los votos minoritarios de los fallos de esta etapa, por el contrario, reconocen la necesidad de dotar de efectividad a los derechos constitucionales que se reclamaban y ponían el acento en el incumplimiento estatal de las prerrogativas consagradas en ese momento sólo en el art. 14 bis.

Es decir, en esta primera etapa, la mayoría del Alto Cuerpo consideraba que no correspondía al Poder Judicial intervenir en los casos vinculados a la satisfacción del derecho de vivienda digna por tratarse de cuestiones ajenas a su jurisdicción y delegadas a los restantes poderes estatales. Se establecía no sólo la imposibilidad de la asignación de recursos por su parte sino que tampoco eran sucesibles de control judicial los actos de administración destinados a ese fin.

Siguiendo en la línea del tiempo, con posterioridad la Corte Suprema de Justicia optó por declararse incompetente para la resolución de este tipo de conflictos -en los cuatro pronunciamientos que datan del año 2006-. Lo hizo, en general, en base a considerar incumplidos los requisitos que habilitan su intervención. Es decir, mediante un análisis netamente procesal y sin entrar al estudio de la cuestión de fondo.

Respecto a los fallos de esta etapa, diferenciamos el accionar del Tribunal pues, en dos de los supuestos la Corte optó por declarar simplemente que el caso no correspondía a su jurisdicción; mientras que en las otras dos ocasiones, y aun frente a su declaración de incompetencia, hizo uso de sus facultades para salvaguardar los derechos que se presumían incumplidos.

Alegando un suficientemente acreditado peligro en la demora, decidió poner en funcionamiento las atribuciones que le permiten resguardar a las personas y efectivizar sus derechos fundamentales. Lo hizo mediante el requerimiento a las autoridades competentes de acciones destinadas a satisfacer las pretensiones de la demanda, relacionadas con la posibilidad de acceder a una alimentación suficiente y los controles sanitarios correspondientes. Estos dos casos tenían en común que quienes se encontraban en una extrema situación de vulnerabilidad, eran niños.

En función de lo descripto en esta segunda etapa, el Poder judicial se consideraba incompetente para analizar este tipo de conflictos y dotar de efectividad de los derechos de alimentación y vivienda.

Por último, es posible advertir un cambio en la postura asumida en los tres últimos precedentes analizados (2007-2012), en los cuales las resoluciones admiten los reclamos efectuados.

Fundados en la eficacia de los derechos reconocidos a nivel constitucional y su operatividad (u operatividad derivada), en la necesidad de efectuar un control de convencionalidad de las normas internas y en la importancia del control judicial de los actos estatales, los pronunciamientos de la Corte a partir del año 2007 han priorizado el acceso a los derechos fundamentales que se encontraban vulnerados.

Se salvaguarda el principio de división de poderes, en tanto, el rol del juez no está destinado a determinar qué plan concreto debe desarrollar el gobierno, sino a controlar si el mismo cumple con lo establecido en las normas. De este modo, el accionar judicial se encamina a garantizar la eficacia de los derechos a través de un control de legalidad amplio y funcionalidad de las acciones estatales.

El *control de legalidad o juridicidad*, puede advertirse cuando la Corte realiza un cotejo de las normas de derecho interno con aquellas reconocidas en los Tratados Internacionales. Asimismo, se incorporan citas de Tribunales de jurisdicción internacional para respaldar su postura en cuanto a la necesidad de reconocer la plena vigencia de los derechos sociales plasmados en los mencionados instrumentos. Existe así, un proceso de internacionalización de los pronunciamientos de la Corte en estos temas.

Por otra parte, el accionar de la magistratura deja de ser visto como una injerencia indebida del Poder Judicial para convertirse en una herramienta que posibilita poner en

marcha la institucionalidad, puesto que se evalúan las políticas públicas desarrolladas de acuerdo a un *criterio de funcionalidad o eficacia* en cuanto al logro de los objetivos propuestos para su creación. El Tribunal considera que el Poder Judicial debe constituirse en garante del cumplimiento de los derechos analizados, en tanto las acciones estatales no sean propicias para dar efectividad a los mismos. Su rol no pasa por determinar la política adecuada, sino en controlar que sean idóneas para su fin.

Consideramos, en base al análisis jurisprudencial efectuado, que ha existido un gradual fortalecimiento en el reconocimiento a los derechos sociales involucrados y en la protección a sus titulares, que el Tribunal ha ido desplegando en sus fallos. Desde una primera etapa en la cual se priorizaba el rigorismo formal, pasando por un momento intermedio en el que se recurre excepcionalmente a las medidas cautelares que permitían evitar situaciones más gravosas, para llegar, por último, a un estudio más complejo de los casos. Haciendo uso de herramientas brindadas por el derecho comparado y por los nuevos paradigmas judiciales que internamente nuestro país ha adoptado, propició cambios que visualizamos como positivos.

En los fallos que conforman la última etapa, el máximo Tribunal ha admitido el control judicial de los actos estatales cuando con su ejecución perjudiquen, restrinjan o no tutelen adecuadamente los derechos sociales elementales asociados a la subsistencia de una persona. Pensamos que tal actividad permite compatibilizar el reconocimiento constitucional de los derechos, la libertad en la actividad desarrollada por los poderes políticos y un respetuoso pero efectivo control judicial que busca cumplir con el espíritu de la ley y la función jurisdiccional.

Es por esto que visualizamos a últimas intervenciones como aquellas que propician un rol judicial comprometido con la sociedad de la que es parte y que es factible de sostenerse a lo largo del tiempo.

Finalmente, en el último capítulo del presente trabajo, aludimos a las posibles respuestas que desde el Poder Judicial podrían darse en casos como los analizados. Nos referimos a la doctrina del piso mínimo, al control de las facultades discrecionales y a la escasez de recursos en el cumplimiento de los derechos.

Relacionamos el concepto de racionalidad con la existencia de un piso mínimo, cuya afectación no puede permitirse *so pretexto* del ejercicio de las facultades discrecionales. La violación de este mínimo existencial traería aparejado la intervención del Poder Judicial en cuestiones otrora ajenas a su acción.

Aludimos a que el piso mínimo está relacionado con aquellas condiciones elementales sin las cuales no es posible concebir una vida en dignidad y que su determinación dependerá del desarrollo de cada comunidad, por lo que si bien constituye un criterio un tanto objetivo, habrá que estar a las circunstancias del caso concreto.

Señalamos, que en principio la competencia respecto a cómo atender a las demandas sociales tanto en lo referido a su planificación como a la asignación presupuestaria, recae sobre los poderes legislativo y administrativo. La intervención judicial sólo se habilitaría cuando las estrategias elaboradas no resultaren suficientes y se constatará la afectación del mínimo existencial.

Si bien se han propiciado críticas a esta postura, pues se sostiene que podría convertirse en una especie de excusa estatal para satisfacer las necesidades sociales sólo hasta alcanzar el mínimo existencial, estimamos que brinda una respuesta frente al dilema judicial y sus límites. Esto así, pues permitiría establecer cuáles son aquellos planteos en los

que la magistratura debiera intervenir a través del control de juridicidad y funcionalidad al que nos hemos referido.

De este modo, consideramos que constituye estrategia razonable en la determinación de los casos que requieren del accionar judicial, que permite evitar la superposición o confusión de las funciones estatales de forma objetiva y asimismo, brinda parámetros que colaboran para decidir qué evaluar y cómo responder.

Luego analizamos las denominadas facultades discrecionales de los poderes políticos y sostuvimos que las mismas constituyen una modalidad de ejercicio de la función administrativa, en la cual, el órgano competente dispone de una porción de libertad para seleccionar una alternativa entre varias igualmente válidas.

En tanto a lo que refiere a la posibilidad de revisión de las mismas por parte de los magistrados, podemos admitir una cierta tendencia a permitir su control cuando su ejecución no tutele adecuadamente los derechos sociales cuyo acceso compromete la vida en dignidad. Se busca a través de ella, propiciar una actividad judicial que permita conciliar el reconocimiento constitucional de los derechos sociales con la discrecionalidad administrativa, de modo que el accionar de la magistratura aparezca como una instancia posible dentro del respeto a la autonomía de los poderes políticos.

De este modo, lo que escapa a la competencia del Poder Judicial, es la revisión del juicio de valor en la toma de decisión, pero no su injerencia en el cumplimiento de los derechos, pues esta es una misión de los tribunales de justicia.

En último término, nos referimos a la asignación de recursos estatales en el cumplimiento de los derechos y buscamos determinar cuál es el papel de la escasez.

Desarrollamos que los recursos estatales son limitados, y que esta limitación posiciona a los órganos administrativos en la difícil tarea de distribuir los mismos entre las distintas

necesidades sociales y funciones a su cargo. Pero el interrogante se planteaba respecto a cuál es el rol que cabe asignarle a la escasez de recursos en el reclamo judicial por derechos sociales.

En el repaso realizado de los casos judiciales que efectuáramos, fue posible advertir que la Corte se ha expedido con relación a la asignación de recursos y la escasez de los mismos para hacer frente a las demandas sociales. No sólo ha evaluado la cuestión presupuestaria desde la órbita objetiva de su existencia (previsión presupuestaria para la creación de políticas sociales) sino que ha valorado, en algunos casos, si la misma era lo suficientemente eficiente para garantizar la satisfacción del derecho social involucrado.

Desde lo que denominamos control de funcionalidad o eficiencia, el Tribunal acepta la existencia de recursos escasos para hacer frente a todas las demandas sociales, pero ha optado por revisar su asignación en casos en los cuales el Estado ha destinado algunos de ellos a una política social determinada. Así, aunque el Estado alegue la existencia de una inversión presupuestaria destinada a la realización de políticas públicas comprometidas con el derecho reclamado, dista de ser suficiente si las mismas no consiguen el objetivo involucrado. Creemos que este tipo de control puede propiciar un accionar estatal más comprometido con la verdadera satisfacción de los objetivos propuestos para cada inversión.

Por otra parte, el Máximo Tribunal ha manifestado la necesidad de lograr equidad entre los diferentes colectivos que integran el entramado social, de modo que la asignación de recursos destinados a una política pública no comprometa el goce del resto de los ciudadanos de otros o el mismo derecho.

Aquí se pone de manifiesto la evaluación que cabe respecto de la influencia que cada sentencia puede tener, no sólo en los involucrados directos sino en el resto de los miembros de la ciudadanía.

Como conclusión sostenemos que es posible admitir el control judicial de los actos discrecionales cuando se violenten derechos vinculados a la dignidad humana, derechos sin los cuales no es posible la subsistencia, es decir, asociados a un mínimo existencial. Del mismo modo, aceptamos que la escasez de recursos tiene vinculación con el cumplimiento de los derechos y que es una cuestión que debe analizarse en el control judicial de los actos discrecionales, tanto desde su juridicidad como de la posibilidad de llevar adelante acciones materiales y la eficiencia de la asignación. La distinción propiciada por el Dr. Grossman entre los diversos paradigmas judiciales resulta una buena opción para abordar el análisis de estos casos.

De otro costado debemos señalar, en virtud de lo expuesto, que el reconocimiento a la vigencia del principio de división de poderes que nuestra Constitución contiene, ha de ser visto desde un enfoque que combine las nuevas exigencias estatales y los derechos que se han incorporado desde una perspectiva no tradicional.

Posibilitar la evaluación del accionar de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en el ejercicio de sus funciones, no equivale a aceptar una injerencia indebida de la magistratura en supuestos excluidos de su competencia.

Por el contrario, implica poner en funcionamiento la institucionalidad necesaria para el funcionamiento del Estado, en el cual los tres poderes deben combinar su desempeño con el fin de lograr la mayor eficacia y eficiencia del accionar público.

De este modo, el control judicial deja de ser visualizado como una intromisión, para formar parte del conjunto de acciones que las instituciones estatales deben propiciar.

Claro está, que tal accionar judicial reconoce límites. Pero los mismos deben repensarse desde un enfoque que posibilite un respeto institucional y no un temor hacia el ejercicio de las facultades conferidas.

Es tarea de los operadores judiciales, lograr conciliar los valores tradicionales a las nuevas realidades, mediante una labor comprometida con la función que desempeñan. La confianza en la magistratura y la seguridad de quienes son sus finales destinatarios, debe incluirse como una prioridad que tienda a la recuperación de la imagen social del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristián; "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Cristián (compiladores); La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, 2da. edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, págs. 283/350.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristián; "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en COURTIS, Cristián y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (Editores), La protección judicial de los Derechos Sociales, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009, disponible en <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/proteccion-judicial-derechos-sociales.pdf> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2016]
- ACUÑA, Juan Manuel, "Jurisdicción constitucional en México", en GOZAINI, Osvaldo Alfredo (coord.); Proceso y Constitución, Ediar, Bs. As., 2009, págs. 455/481.
- ALONSO REGUEIRA, Enrique M.; *El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humano*, mayo de 2013, Id SAJ: DACF130093, publicado en www.infojus.gov.ar [fecha de consulta: 30/11/2017]
- ANDRUET, Armando Segundo (h); *Judicatura y política: aproximaciones necesarias y distancias forzosas*, Lexis Nexis, publicado LNC 2006-0-1, Córdoba, 2006.
- ANDRUET, Armando Segundo (h), "El imaginario social y la independencia judicial", en GHIRARDI, Olsen .A. (Director), Diez Años, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008.

- ANDRUET, Armando S. (h), *Los diversos casos indicados en el artículo 3 del Código Civil y Comercial en Comercio y Justicia* (27/04/2016), disponible en <https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/los-diversos-casos-indicados-en-el-articulo-3-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/> [fecha de consulta: 10/03/2018].
- BARÓN KNOLL, Silvina; *Los DESC y la participación de los jueces en la construcción de políticas públicas (¿Activismo judicial?)*, Revista de Derecho Público, Nro. 1 (2017), Córdoba, págs. 153/176.
- BERNAL, Marcelo; "El Régimen Republicano", en HERNÁNDEZ, Antonio María (Dir.) y CHIACCHIERA CASTRO, Paulina (Coord.), Derecho Constitucional, Tomo I, La Ley, Bs. As., 2012, págs. 1097-1126.
- BELISLE, José Manuel (h); *Apuntes para una discusión sobre la justiciabilidad de los derechos sociales*, Zeus Córdoba, Nro. 76, Tomo 3 (2003), págs. 451/453.
- BIDART CAMPOS, Germán J.; "El artículo 75, inciso 22 de la Constitución y los derechos humanos", en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (Compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, (2da. ed.), Editores del Puerto, Bs. As., 1998.
- BIDART CAMPOS, Germán J.; Manual de la constitución reformada, T. II, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; *La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 34, Nro. 3 (2007), págs. 517-538.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014519016> [Obtenida el 15 de julio de 2015]

- BREBAGLIO, Renata; *Sistema Universal de protección de derechos humanos*, Pontificia Universidad Católica de Perú, disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf [fecha de consulta: 15/02/2018].
- CARNOTA, Walter F.; "El Derecho a la tutela judicial efectiva y sus vulneraciones en el ámbito de la seguridad social", en BIDART CAMPOS, German y RISSO, Guido I. (Coords.), Los Derechos Humanos del siglo XXI, la revolución inconclusa, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- CÁCERES DE IRIGOYEN, María Virginia, "Derecho humano a la salud", en PALACIO DE CAIRO, Silvia B. (dir), Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el derecho argentino, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- CASSAGNE, Juan Carlos; *La discrecionalidad administrativa*, publicado en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf [fecha de consulta: 28/11/2017]
- CHACÓN MATA, Alfonso; *Los tratados internacionales de derechos humanos en las jurisdicciones centroamericanas: Pautas y principios interpretativos para la Convención Internacional de trabajadores migrantes y sus familiares*, Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Nro. monográfico extraordinario, págs. 43/80, ISSN: 2215-4221, <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos> [fecha de consulta 15 de julio de 2015]
- COMADIRA, Julio Rodolfo, "Control Judicial de la Actividad discrecional de la Administración Pública", en Derecho Administrativo, Foro de Abogados de San Juan, Instituto de Derecho Administrativo, San Juan, 1998, págs. 21/38.
- DIDIER, María Marta; *La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un imperativo del principio de igualdad*, Revista Persona y Derecho (octubre 2015), Nro. 66, págs. 81-107. Disponible en:

<<https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/3117>>. [Fecha de acceso: 30/11/2017]

-ETCHICHURY, Horacio Javier, "Derechos humanos (Cuarta Parte)", en HERNÁNDEZ, Antonio María (Dir.) y CHIACCHIERA CASTRO, Paulina (Coord.), Derecho Constitucional, Tomo I, La Ley, Bs.As., 2012, págs. 750/751.

-ETCHICHURY, Horacio; *Un techo razonable: El derecho a la vivienda digna en un fallo de la Corte suprema Argentina*, Estudios Constitucionales, Vol. 11, Nro. 2 (2013), Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, págs. 737-768, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=820293345020> [Fecha de acceso: 20/10/2016]

-ETCHICHURI, Horacio; Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2013.

-FAYT, Carlos S.; "Los derechos sociales en la Constitución Nacional", en LINARES QUINTANA, Segundo V. (Dir. Emérito), FAYT, Carlos S. y BADENI, Gregorio (Dirs.), Derecho constitucional. Doctrinas Esenciales, Tomo II, La Ley, Bs. As., 2008.

-GARGARELLA, Roberto; "Constitución y Democracia", en ALBANESE, Sergio, DALLA VÍA, Alberto, GARGARELLA, Roberto, HERNÁNDEZ, Antonio y SABSAY, Daniel, Derecho Constitucional, Buenos Aires, Universidad, 2004.

-GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo; Democracia, jueces y control de la administración, 5ta edición ampliada. Reimpresión, Aranzadi, Navarra, 2000.

-GROSMAN, Lucas S.; Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución, Librería, Buenos Aires, 2008

-GROSMAN, Lucas S.; "La justiciabilidad de los derechos sociales", en RIVERA (h), ELIAS, GROSMAN y LEGARRE (codirectores), Tratado de los Derechos Constitucionales, Abeledo Perrot, 2014, págs. 1053/1072.

- GUIBOURG, Ricardo; "El derecho ante el enfoque analítico", en GHIRARDI, Olsen (Director), Diez Años, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007, pág. 295-316
- HARO, Ricardo; *La razonabilidad y las funciones de control*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, s/d, en <http://www.acader.unc.edu.ar>
- HARO, Ricardo; *Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema*, La Ley Sup. Const. (noviembre 2014), Cita Online: AR/DOC/3692/2014
- HARO, Ricardo; *Nuevos perfiles del control de razonabilidad constitucional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, s/d, en <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, Liborio L.; *¿Qué derechos tenemos?*, Revista Doxa, Nro. 23 (2000), ISSN 0214-8876, Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho, págs. 351-375, en <http://hdl.handle.net/10045/10253> [Fecha de consulta: 15/11/2017]
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco; *Sobre el concepto de derechos humanos*, Revista Doxa, Nro. 4 (1987), ISSN 0214-8876, Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho, págs. 23-46, en <http://hdl.handle.net/10045/10897> [Fecha de consulta: 15/11/2017]
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J.; "Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema", en BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo, LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J, PRIETO SANCHÍS, Luis, PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón (coord.), Constitución y derechos fundamentales, Madrid, 2004, págs. 297/326.
- LINARES QUINTANA, Segundo V.; Tratado de Interpretación Constitucional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

- PERLINGEIRO, Ricardo; *¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales?*, Estudios Socio-Jurídicos (2012), en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=244174 [Fecha de consulta: 25/07/2015]
- PIZA ESCALANTE, Rodolfo E.; *Derecho y Derechos Humanos*, Revista Acta Académica, Universidad Autónoma de Centro América, Nro. 1 (Febrero 1987), ISSN 1017-7507, págs. 45-55, disponible en <http://www.uaca.ac.cr/acta/1987feb/rpiza1.htm> [Fecha de consulta: 25/07/2015]
- RIBA, Marina; "Un test filosófico a la teoría del conflicto de derechos", en GHIRARDI, Olsen (Director), Diez Años, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007, págs. 403-432.
- ROSATTI, Horacio; Tratado de Derecho Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.
- RIBOTTA, Silvina y ROSSETTI, Andrés (Editores); *Los derechos sociales en el siglo XXI. un desafío clave para el derecho y la justicia*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, universidad Carlos III, Madrid, 2010.
- ROSSETTI, Andrés; *La universalidad de los derechos humanos en el derecho internacional*, Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, s/d.
- SAGÜES, Néstor Pedro; El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- SAGÜES, Néstor Pedro; Manual de derecho constitucional, 2da. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2012.
- SESIN, Domingo J.; Actividad pública. Actividad reglada, discrecional y técnica, Depalma, Buenos Aires, 1994.

-SESIN, Domingo J.; El derecho administrativo en reflexión, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2011.

-SESIN, Domingo J.; *Cómo controlar a la Administración sin sustituirla en el marco de la ejecución de políticas públicas*, Foro de Córdoba, Año XXVI, N° 187 (diciembre 2016), Córdoba.

-WUNDER HACHEM, Daniel; *Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión*, Estudios Constitucionales (2014). Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82031373006>, ISSN 0718-0195 [Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2017]